Der Grundsatz „Ne bis in idem" im bernischen Strafprozess

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor Juris Utriusque der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt durch
René Chevalier
Fürsprecher, von Romainmôtier (Waadt)

1941 — Buchdruckerei Ant. Kessler — Lachen

Der Grundsatz „Ne bis in idem" im bernischen Strafprozess

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor Juris Utriusque der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt durch

René Chevalier

Fürsprecher, von Romainmôtier (Waadt)

1941 — Buchdruckerei Ant. Kessler — Lachen

Die Fakultät hat diese Arbeit am 2. November 1939 auf Antrag von *Prof. Dr. Thormann* als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Einleitung 7

I. Bedeutung des Grundsatzes.
II. Anerkennung des Grundsatzes in der Gesetzgebung.
III. Kurze geschichtliche Entwicklung.
IV. Umschreibung unserer Aufgabe.

1. Kapitel

Ne bis in idem
als Folge der materiellen Rechtskraft des Urteils.

§ 1. Die Rechtskraft des Urteils. 11
I. Die formelle Rechtskraft.
II. Die materielle Rechtskraft.

§ 2. Rechtliche Natur des Grundsatzes. 14
I. Gehört der Grundsatz zum materiellen oder formellen Recht?
II. Die Bedeutung des Grundsatzes als negative Prozeßvoraussetzung
III. Die Verletzung des Grundsatzes durch das Urteil.

§ 3. «Ne bis in idem» und der Grundsatz «ein Verbrechen nur eine Strafe». 19

2. Kapitel

Inwieweit läßt sich der Grundsatz «ne bis in idem» rechtfertigen?

§ 4. Allgemeiner Ueberblick über die Begründung des Grundsatzes in der Literatur. 23
I. Die Fiktionstheorie.
II. Die Billigkeitstheorie.
III. Rechtspolitische Begründung.

§ 5. Die Rechtskraft öffentlich-rechtlicher Entscheide. 27
I. Allgemeines.
II. Der Unterschied in der Anwendung öffentlichen und privaten Rechts.
III. Die Rechtskraft ist die natürliche Folge des Zivilprozesses, nicht aber des Strafprozesses.

§ 6. Ist im Interesse der Gerechtigkeit die Ablehnung der Rechtskraft des Strafurteils geboten? 32
I. Die Folgen einer Ablehnung.
II. Die Rechtssicherheit setzt die Rechtskraft voraus, die Gerechtigkeit fordert deren Ablehnung.
III. Lösung des Konfliktes im Strafprozeß.
IV. Die Wiederaufnahme des Verfahrens.

§ 7. Umfang der Rechtskraft des Strafurteils. 39
I. Allgemeines.
II. Notwendigkeit der Abgrenzung der Rechtskraft.

3. Kapitel

Die Voraussetzungen für die Anwendung des «Ne bis in idem».

A. Die konsumierende Entscheidung (formelle Voraussetzung).

§ 8. Das Urteil. 42
I. Strafgerichtliche Urteile.
II. Urteile in der Hauptsache.
III. Eintritt der Rechtskraft.
IV. Wirkungen eines mit Mängeln behafteten Urteils.

§ 9. Urteile ausländischer Strafgerichte. 52
I. Allgemeines.
II. Bernisches Recht.

§ 10. Urteile im summarischen Verfahren. 56
I. Das Eventualurteil des Präliminarverfahrens Art. 226/7 StrV.
II. Das Strafmandat.
III. Die Bußenverfügung der Gemeinde.
IV. Andere administrative Strafverfügungen.

§ 11. Beschlüsse. 61
I. Der Aufhebungsbeschluß.
II. Die Nichtfolgegebung.
III. Beschlüsse im Verfahren gegen Jugendliche.

B Die Identität der Tat (materielle Voraussetzung).

§ 12. Die subjektive Identität (Identität der Parteien). 65
I. Die Identität des Anklägers.
II. Die Identität des Angeschuldigten.

§ 13. Die objektive Identität (eadem res). 67

4. Kapitel

Die objektive Identität der Tat.

§ 14. Die Problemstellung. 68
I. Die Beleuchtung des Problems auf Grund der lex lata.
II. Die Betrachtungsweise de lege ferenda.
III. Das Problem vom Standpunkt des bernischen Rechtes aus beleuchtet.

§ 15. Das Verhältnis der Anklage zum Urteil. 70
I. Die Bedeutung dieses Verhältnisses.
II. Ausgestaltungsmöglichkeiten.
III. Die Lösung des bernischen Rechts.

§ 16. Das Verhältnis einer durch rechtskräftiges Urteil erledigten Anklage zu einer neuen Anklage. 73
I. Seine Beziehung zum Verhältnis Anklage-Urteil.
II. Identität einer neuen Anklage mit einer bereits erledigten.
III. Die Richterpflicht.
IV. Ergebnis.

§ 17. Kennzeichen zur Bestimmung der Identität 79
I. Prozessualer Maßstab.
II. Materiellrechtlicher Maßstab.
III. Rechtsphilosophischer Maßstab.

IV. Folgerungen.
V. Rechtliche und faktische Unmöglichkeiten einer umfassenden Tatbestandsüberprüfung.

§ 18. Die Idealkonkurrenz. 88

§ 19. Kollektivdelikt und fortgesetztes Delikt. 90

I. Definitionen.
II. Ihre Wirkung auf das «Ne bis in idem».

Schluß. 95

Abkürzungen.

Armenpolizeigesetz:	Gesetz über die Armenpolizei und die Enthaltungs- und Armenanstalten, vom 1. Dezember 1912.
BGE:	Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts.
BStrR:	Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht, vom 4. Februar 1853.
BStrRPfl.:	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege, vom 15. Juni 1934.
EDR:	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen.
GA:	Goltdammers Archiv für preussisches Strafrecht = Archiv für Strafrecht.
GS:	Der Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeß.
MilitärStrG:	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927.
MilitärStrGO:	Militärstrafgerichtsordnung vom 28. Juni 1889.
OG:	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893.
SStrGB:	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937.
StrGB:	Strafgesetzbuch für den Kanton Bern, vom 30. Januar 1866.
StrV:	Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern, vom 20. Mai 1928.
SJZ:	Schweizerische Juristenzeitung.
Z:	Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht.
ZbJV:	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZStrW:	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

EINLEITUNG.

I. Bedeutung des Grundsatzes.

Daß einem Prozeßgegenstande nicht mehrere Prozesse gewidmet werden dürfen, seien sie nun nebeneinanderlaufend oder aufeinanderfolgend [1], ist heute ein allgemein anerkannter Grundsatz, der in den meisten Strafprozeßordnungen seinen Niederschlag gefunden hat. Auf den ersten Blick scheint denn diese Regel auch selbstverständlich und unanfechtbar zu sein. Ist nämlich ein Prozeß noch hängig, so verhindert die Einrede der Litispendenz die Durchführung einer neuen Untersuchung über den gleichen Gegenstand. Ist aber jener Prozeß durch ein rechtskräftiges Urteil sachlich entschieden worden, so steht einem zweiten Verfahren de eadem re die Einrede der res iudicata entgegen. Aus dieser Umschreibung ergibt sich die Bedeutung des Satzes «ne bis in idem» in seiner weitesten Auffassung.

Die überwiegende Mehrheit der Autoren jedoch weigert sich, unserm Grundsatze diesen weiten Sinn beizulegen [2]. Nach ihrer Auffassung, die wir auch zur unsrigen machen, besagt das «Ne bis in idem» nur, daß eine Straftat, über die rechtskräftig entschieden ist, nicht mehr zum Gegenstande eines neuen Prozesses gemacht werden kann. Niemand soll wegen derselben Tat zweimal verfolgt werden. Diese Ansicht wurde denn auch im Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern [3] anerkannt, lautet doch der Art. 4 dieses Gesetzes wie folgt:

> «Ist ein Strafverfahren auf gesetzliche Weise durch Beschluß oder Urteil sachlich beendigt worden, so kann gegen den Angeschuldigten wegen der nämlichen Handlung eine neue Strafverfolgung nicht mehr eingeleitet werden.»

Wir werden also in der Folge das «Ne bis in idem» ausschließlich nur noch gebrauchen, um damit das Verbot einer neuen Strafverfolgung *mit Rücksicht auf die bereits rechtskräftig beurteilte Sache* auszudrücken.

II. Anerkennung des Grundsatzes in der Gesetzgebung.

Ueber das «Ne bis in idem» enthalten die kantonalen Gesetze nur überaus dürftige Bestimmungen. Einige Gesetzgeber haben überhaupt auf eine ausdrückliche Normierung dieses Prinzipes verzich-

1 Beling S. 159
2 Vgl. z. B. Eichhorn, S. 408 f. Düwel, S. 9.
3 vom 20. Mai 1928

tet [4]. Liegt es etwa an der Klarheit und Selbstverständlichkeit des Grundsatzes, daß man seine Erwähnung als überflüssig erachtet? Tatsächlich behauptet schon Heffter [5]; einer der ersten, die dem «Ne bis in idem» eine Abhandlung gewidmet haben, dieser Grundsatz «dränge sich dem natürlichen Verstande und Rechtsgefühl, der naturalis ratio, ganz von selbst als Konsequenz entscheidender Richtersprüche auf». Es handle sich um einen Satz des ius gentium im römischen Sinn, nämlich um ein bei «allen Nationen von Gesittung oder Bildung» grundsätzlich anerkanntes Prinzip. Auch Bachtler [6] zweifelt nicht daran, daß unser Grundsatz «ein allgemein gültiges prozessuales Prinzip ist, das logisch zu rechtfertigen und praktisch nicht zu entbehren» sei [7]. Dennoch vermögen wir nicht zu glauben, daß dies die Gründe seien, weshalb in gewissen Gesetzgebungen ein wichtiges Prinzip wie das von uns zu erörternde so stiefmütterlich behandelt wurde. Die eigentlichen Gründe für ein solches Verhalten werden wir im Laufe dieser Arbeit kennen lernen.

Begnügen wir uns vorläufig mit der Feststellung, daß das «Ne bis in idem» von allen schweizerischen Prozeßgesetzen, wenn auch nicht immer ausdrücklich, so doch stillschweigend anerkannt ist und vorausgesetzt wird. Darüber lassen uns die Bestimmungen über die ordentlichen Rechtsmittel und über die Wiederaufnahme nicht im Zweifel.

III. Kurze geschichtliche Entwicklung.

Von einer eingehenden geschichtlichen Darstellung des «Ne bis in idem» glauben wir absehen zu dürfen [8]. Immerhin seien uns einige Andeutungen gestattet, aus denen hervorgehen soll, daß sich der Grundsatz nicht zu allen Zeiten einer so allgemeinen Anerkennung erfreute wie heute [9].

---

4 Es sind hauptsächlich die ostschweizerischen Gesetze, die in Anlehnung an die Str.P.O. des deutschen Reiches von einer ausdrücklichen Normierung des «Ne bis in idem» Umgang genommen haben. Dagegen wurde der Grundsatz in den meisten westschweizerischen Kantonen und im bernischen Str.V., geschriebenes Recht. Vergleiche z. B. für Freiburg: Code de procédure pénale du 11 mai 1927 art. 328; für Genf: Code d'instruction pénale du 25 octobre 1884 art. 328; für die Waadt: Code de procédure pénale du 1er février 1850 art. 5. Betreffend die stillschweigende Anerkennung des Grundsatzes vgl. Sträuli, Anmerkungen zu den Artikeln 45, 166, 325, 400, 409, 443, der zürcherichen Str.Pr.O. vom 4. Mai 1919.

5 Non bis in idem Berlin 1873. S. 1.

6 Der Angeschuldigte im Strafprozeß S. 83

7 Auch Glaser (Verbrauch der Strafklage) spricht von einem Satz des «Universalrechtes»), der fast allgemein anerkannt sei.

8 Geschichtliche Darstellungen des «Ne bis in idem» sind enthalten in Berner, G. A. 3 S. 478 ff; Küssner, G. A. 3 S. 198 ff; Glaser, Verbrauch der Strafklage S. 306 ff; Glaser G. S. 1871 S. 72 ff; Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht, 1884 §§ 3 und 4; Heffter S. 5 ff.

9 In neuester Zeit wird der Grundsatz wieder abgelehnt von v. Dach S. 101 f.

Im römischen Strafprozeß, der auf dem Anklageprinzip fußte, war das «Ne bis in idem», abgesehen von ganz unbedeutenden Ausnahmen, in seinem ganzen Umfange anerkannt. Es galt: «Qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest» [10].

Als jedoch im 15. und 16. Jahrhundert der Akkusationsprozeß dem Inquisitionsprozeß weichen mußte, wurde auch unser Grundsatz mehr und mehr in den Hintergrund gedrängt. Mit der Einführung des inquisitorischen Verfahrens nämlich kam ein neues Prinzip, das Streben nach materieller Wahrheit, zur Geltung, ein Prinzip, das seinen Einfluß nicht nur auf die Führung des Prozesses, sondern auch auf die Wirkung des Endurteils äußerte. Gewisse Autoren jener Zeit gingen sogar so weit, dem «Ne bis in idem» jede Geltungskraft abzusprechen. Nicht geringe Schuld daran trug die Tatsache, daß die Carolina die Frage der Rechtskraft mit keinem Wort erwähnte [11].

Erst in der Mitte des 19. Jahrhunderts kam, im Anschluß an die Entwicklung in Frankreich und England [12], auch in Deutschland wieder der Akkusationsprozeß zu Ehren, und mit ihm feierte allmählich auch das Prinzip des «Ne bis in idem» seine Auferstehung.

Frankreich seinerseits hatte unseren Grundsatz schon 1795 anerkannt und folgende Bestimmung in seinen Code des délits et des peines [13] aufgenommen: «Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait» [14].

IV. Umschreibung unserer Aufgabe.

Wie einfach und klar der Satz «Ne bis in idem» auf den ersten Blick zu sein scheint, so bereitet seine Anwendung auf den konkreten Fall oft große Schwierigkeiten. Davon zeugen zur Genüge die zahlreichen, sich oft widersprechenden Entscheide, die auf diesem Gebiete ergangen sind. Davon zeugen aber auch die vielen Abhandlungen, die namhafte Prozessualisten diesem Gegenstande gewidmet haben.

Trotzdem herrscht auch heute noch über die Anwendung und besonders über den Umfang des «Ne bis in idem» nichts weniger als Uebereinstimmung. Davon kann sich jeder mit Leichtigkeit überzeugen, wenn er die Judikatur des deutschen Reichsgerichtes mit der des französischen Kassationshofes, des schweizerischen Bundesgerichtes oder der kantonalen Strafgerichte vergleicht.

10 L. 9 Cod. de accusatione.
11 Berner. G. A. 3 S. 483.
12 Glaser G. S. 23 S. 1 ff.
13 vom 3. Brum IV (1795).
14 cit. in Küssner S. 200.

Vom Gedanken getragen, daß sich die Bedeutung des Teiles nur aus dem Ganzen erkennen läßt [15], werden wir zunächst untersuchen, welche Stellung das «Ne bis in idem» im System des Strafrechtes überhaupt einnimmt, auf welche Prinzipien es sich stützt, und welche Aufgaben es zu erfüllen hat. Gestützt auf die Ergebnisse, die wir erhalten werden, werden wir sodann versuchen, Folgerungen bezüglich des Umfanges des Grundsatzes und seiner Anwendung im bernischen Strafprozeß zu ziehen.

«Aus einem Prinzip errichtet man kein Rechtsgebäude» [16]! Möge Wach, der sich mit diesem Ausspruch gegen einen übertriebenen Prinzipienkultus wendet, versichert sein, daß wir seine Warnung beherzigen werden. Denn auch wir haben erfahren, daß die scheinbar einfachen Grundgedanken tatsächlich oft so kompliziert sind, daß sich gleichzeitig ganz verschiedene, ja einander widersprechende Folgerungen daraus ableiten lassen [17].

Zwischen Prinziplosigkeit und übertriebenem Prinzipienkultus werden wir den goldenen Mittelweg ausfindig zu machen bestrebt sein.

---

15 Burckhardt, Vorwort zur Organisation der Rechtsgemeinschaft.
16 Wach, Struktur des Strafprozesses S. 14.
17 Vgl. Binding Abh. II. 171.

1. Kapitel:

NE BIS IN IDEM ALS FOLGE DER MATERIELLEN RECHTSKRAFT DES URTEILS.

§ 1. Die Rechtskraft des Urteils.

Da wir der Frage nach der Rechtfertigung der Rechtskraft von Strafurteilen ein besonderes Kapitel gewidmet haben, begnügen wir uns hier mit einer knappen Darstellung der herrschenden Lehre von der Rechtskraft.

I. Die formelle Rechtskraft.

Für jedes Urteil kommt bestimmungsgemäß der Zeitpunkt, der es unangreifbar, d. h. formell rechskräftig macht [1]. Unter der formellen Rechtskraft ist also in erster Linie die Tatsache zu verstehen, daß ein Urteil mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angefochten werden kann [2]. Daneben aber äußert die formelle Rechtskraft Sperrwirkungen, die ein Zurückkommen auf die Entscheidung im gleichen Prozeß hindert, auch wenn sich nachräglich herausstellen sollte, daß diese auf einem Irrtum beruht. Die formelle Rechtskraft befähigt das verurteilende Erkenntnis, Grundlage der Vollstreckung zu werden [3]. Das formell rechtskräftige Urteil ist vollstreckbar.

II. Die materielle Rechtskraft.

Wohl vermag die formelle Rechtskraft zu verhindern, daß das Urteil umgestoßen, und der Prozeß in ein früheres Stadium zurückgeworfen werde; allein, die Gefahr besteht weiter, daß das Urteil einfach ignoriert, und in derselben Sache ein neuer Prozeß von Grund aus neu aufgebaut wird. Hier greift nun die materielle Rechtskraft ein und bestimmt, daß eine rechtskräftig abgeurteilte Strafsache nicht abermals zum Gegenstande eines Strafverfahrens gemacht werden dürfe [4]. Das rechtskräftige Urteil ist unabänderlich und allgemeinverbindlich [5]. Das zu beurteilende Rechtsverhältnis gilt nunmehr als endgültig i. S. des Urteils festgelegt [6]. Während die Wirkungen der formellen Rechtskraft sich auf den gegenwärtigen Prozeß beschränken und ein Zurückkommen auf das gefällte

1 Bennecke-Beling 405.
2 Beling S. 260.
3 Bennecke-Beling 407.
4 Bennecke-Beling S. 407.
5 Beetschen S. 20.
6 Otto Mayer. S. 163.

Urteil verhindern, äußerst die materielle Rechtskraft Sperrwirkungen, die über diesen Prozeß hinausragen und einen neuen Prozeß über denselben Gegenstand als unzulässig erklären. Gegen den Täter darf wegen derselben Tat kein neues Verfahren eingeleitet werden. Einem zweiten Prozesse de eadem re steht die (materielle) Rechtskraft des gefällten Urteils entgegen. Die res iudicata ist ein Prozeßhindernis und verbietet dem Richter, auf den zweiten Prozeß einzutreten. Diese Sperrwirkung der materiellen Rechtskraft pflegt man kurz durch den Satz «ne bis in idem» oder «non bis in idem» auszudrücken.

Zusammenfassend können wir feststellen, *daß das «Ne bis in idem» seine Grundlage in einer positiven Eigenschaft findet, die der Gesetzgeber dem durch die Gerichte gefällten Urteil beilegt, und die man gemeinhin als Rechtskraft des Urteils bezeichnet*[7].

Es wäre jedoch falsch zu glauben, diese Ansicht sei unbestritten. In seinem Werke «Die Grundlagen des Prozeßrechtes[8]» bemerkt Sauer:

> «Im Anschluß an die romanistische Anschauung vom Verbrauch des Klagerechts sieht man in dem Verbot der Wiederholung (ne bis in idem) eine Wirkung, wenn nicht gar das Wesen der Rechtskraft. Diese sog. negative Funktion der materiellen Rechtskraft ist aber keineswegs eine gerade der Rechtskraft eigentümliche Folgeerscheinung, geschweige denn ihr Wesen. Dagegen ist die sogenannte positive Funktion der materiellen Rechtskraft[9] eine echte Rechtkraftswirkung, freilich mit der wohl zu beachtenden Modofikation, daß sie nicht nur den Entscheidungen des Gerichtes, sondern auch den — der materiellen Rechtskraft nicht teilhaftigen — Anordnungen anderer Behörden eigentümlich sein kann«»

Die Ansicht von Sauer, die der von uns aufgestellten und von der herrschenden Meinung[10] anerkannten Darstellung widerspricht, wird erst verständlich, wenn man sich vor Augen hält, daß der Verfasser unter der Rechtskraft einen von der allgemeinen Anschauung abweichenden Begriff versteht. «Rechtskraft ist Rechtsgestaltungskraft» sagt Sauer, «Rechtskraft ist Konkretisieren von objektivem Recht»[11]. Selbstverständlich kann, wenn schon über den Be-

---

[7] Vgl. auch Blumenstein in ZbJV. 38.454.

[8] Stuttgart, 1919. S. 242 f.

[9] Unter der positiven Funktion der materiellen Rechtskraft versteht man die Tatsache, daß dem Urteil für zukünftige Entscheidungen über dieselbe Frage, sofern solche noch möglich sind, Bindungswirkung zukommt. Vgl. Beling S. 264.

[10] Vgl. außer den schon zitierten Autoren: Beling S. 267, Dohna S. 217, Düwel S. 21—33 und die dort verzeichnete Literatur Barbarino S. 11—23 und die dort verzeichnete Literatur Lohsing S. 539.

[11] Sauer: S. 235. Derselbe in «Staatsphilosophie» S. 439.

griff eines Rechtsinstitutes Uneinigkeit besteht, auch über dessen Wirkungen keine Uebereinstimmung herrschen. Uebrigens steht die Ansicht von Sauer, soviel wir sehen können, allein da, und wurde sie von Merkl [12] mit Erfolg widerlegt.

In der Literatur wird das «Non bis in idem», d. h. die Tatsache, daß beim Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils dieselbe Sache nicht mehr zum Gegenstande eines neuen Prozesses gemacht werden darf, oft auch dadurch ausgedrückt, daß gesagt wird, durch das rechtskräftige Urteil werde das Strafklage- oder Strafverfolgungsrecht des Staates verbraucht, konsumiert, weshalb es nicht mehr zu einem neuen Verfahren kommen könne. Die Begriffe «Verbrauch der Strafklage» und «ne bis in idem» sind identisch.

Zu verwerfen ist dagegen die Ansicht Bindings [13], der im Verbrauch der Strafklage den *Grund* der Rechtskraft des Urteils sieht. Zu diesem Resultat gelangt Binding aus folgenden Ueberlegungen: Im definitiv beendigten Verfahren haben alle 3 Prozeßsubjekte ihre prozessualen Rechte voll ausgeübt und ihre Pflichten voll erfüllt. Dem Kläger ist Urteil geworden, wie er verlangt hat; der Angeklagte hat der Anklage gestanden, wozu allein er verpflichtet war und hat gleichfalls Urteil gefunden; das Gericht aber hat den Fall untersucht und endgültig dem Gesetz unterstellt. Darin erschöpft sich der Zweck des Prozesses: er endet definitiv, weil sein Zweck erreicht ist. Eine Wiederholung wäre sinnlos, zwecklos, unzulässig. Wie der Ankläger sein Klagerecht und seine Klagepflicht, so hat der Angeklagte seine Einlassungspflicht und sein Verteidigungsrecht, und hat das Gericht seine Urteilsgewalt in dieser Sache erschöpft und verbraucht».

«Das ist der einzige Grund der Rechtkraftswirkung. Die Rechtskraft tritt ein als Konsequenz der Rechtslogik: Sind Klagerecht, Einlassungspflicht und Urteilsgewalt ad hoc untergegangen, so ist *logisch* jede Basis für eine zweite Verfolgung derselben Tat geschwunden.»

Diese logische Begründung der Rechtskraft vermag uns nicht zu überzeugen. Weshalb sollen denn, gerade wenn z. B. ein Fehlurteil ergangen ist, nicht eine zweite Klage und ein zweiter Prozeß über denselben Gegenstand möglich sein? Ist denn nicht das Ziel jedes Prozesses die Verwirklichung des materiellen Rechtes? Wenn nun in einem ersten Verfahren das materielle Recht infolge eines Fehlurteils nicht richtig verwirklicht worden ist, ist nicht einzusehen, weshalb die Sache nicht neu beurteilt werden soll. Mit dem besten Willen läßt sich ein solches Verbot nicht logisch aus dem Zwecke des Prozesses herleiten.

12 Vgl. Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft S. 88 ff.
13 Abh. II. S. 314 ff.

Nun ist ja allerdings ein neues Verfahren in diesem Falle tatsächlich ausgeschlossen. Dies aber nicht, weil «logisch jede Basis für eine zweite Verfolgung geschwunden» ist, sondern dank der Rechtskraft des ersten Urteils, als deren *Wirkung* [14] es angesehen werden muß, daß die Strafklage nunmehr verbraucht ist. Nicht der Verbrauch der Strafklage, nicht der Untergang der Einlassungspflicht und der Urteilsgewalt sind es, die ein zweites Verfahren in derselben Sache ausschließen, sondern die Rechtskraft ist es, die eine Wiederholung des Prozesses verhindert. Ihren Grund hat sie deshalb nicht im Verbrauch des Klagerechtes, sondern anderswo zu suchen [15].

Binding macht offensichtlich den Fehler, die Rechtskraft durch ihre Wirkung begründen zu wollen. Uebrigens widerspricht er sich selber, indem er im gleichen Atemzug die Rechtskraft auch staatsrechtlich erklären will. In ihr sieht er nämlich einen Anwendungsfall des «Grundsatzes der Einmaligkeit definitiver Staatsaktion» [16]. Damit gibt er aber selbst zu, daß das «Ne bis in idem» die Folge, die Wirkung dieser Einmaligkeit, und nicht die Einmaligkeit die Folge der Rechtskraft ist.

§ 2. Rechtliche Natur des Grundsatzes.

I. Gehört der Grundsatz zum materiellen oder formellen Recht?

In diesem Paragraphen soll unersucht werden, ob der Grundsatz «Ne bis in idem» als eine Norm des Prozeßrechtes oder des materiellen Rechtes zu betrachten ist. Es handelt sich also um die Frage, ob das materiell rechtskräftige Urteil das Strafklage- oder Strafverfolgungsrecht oder aber den Strafanspruch des Staates konsumiert. In der Literatur sind darüber 3 verschiedene Theorien entwickelt worden, eine materiellrechtliche, eine rein prozessuale und eine gemischtrechtliche.

Beginnen wir mit der *materiellrechtlichen Theorie*, die nur wenige Anhänger [1] gefunden hat und in der positiven Gesetzgebung durchwegs verschmäht worden ist. Darnach wäre das «Ne bis in

[14] So nach Lohsing (S. 539), was ihn aber nicht hindert, sich auf die von uns angeführten Zitate aus Binding zu beziehen.
[15] Vgl. unser 2. Kapitel.
[16] Abh. II. S. 314.
[1] Vgl. z. B. Hayn, Der Grundsatz «Ne bis in idem» und § 380 StrPO, diss. Breslau 1909, S. 18—22. Ferner: v. Damm, Gehören zu den Rechtsnormen über das Verfahren i. S. von § 380 StrPO a) der Grundsatz Ne bis in idem, b) die Vorschrift über den Strafantrag, c) die Vorschrift über die Verjährung? in Z. W. 36. 1915, S. 341—45.

idem» rein materieller Natur, besäße somit keine prozessualen Sperrwirkungen. Einem neuen Prozesse über eine bereits rechtskräftig abgeurteilte Sache stände nichts im Wege, nur müße er, wenn die Voraussetzungen des «Ne bis in idem» zutreffen, mit einem Freispruch enden, da durch das frühere rechtskräftige Urteil der Strafanspruch des Staates vernichtet worden ist.

Diese Ansicht fußt logischerweise auf der sogenannten materiellrechtlichen Theorie von der Rechtskraft des Urteils, deren Vertreter dem rechtskräftigen Urteil eine positive Funktion, d. h. ein Wirken seines Inhaltes für den materiellen Anspruch, beilegen [2]. Nur wenn dem Urteil eine solche rechtsgestaltende Kraft zukommt, ist es überhaupt erklärlich, daß es den staatlichen Strafanspruch konsumieren kann [3].

Auch diejenigen, die dem «Ne bis in idem» eine Doppelnatur zuschreiben, bedürfen zur Erklärung ihrer Ansicht der eben beschriebenen materiellen Rechtskraftstheorie. Sie behaupten nämlich, unserm Grundsatze komme sowohl prozessuale als auch materielle Bedeutung zu. Wie nach bernischem Recht der Nichteintritt der Verjährung oder bei Antragsdelikten der Strafantrag einerseits die Voraussetzung für die Einleitung der Strafverfolgung, andrerseits aber auch eine Voraussetzung der Strafbarkeit selber ist, so verhindere auch das «Ne bis in idem» sowohl ein neues Verfahren als auch eine neue Bestrafung. Wohl bedeutete also der Grundsatz ein Prozeßhindernis; wenn es aber aus irgend einem Grunde dennoch zu einem Urteil kommen sollte, müßte ein Freispruch erfolgen, da der Staat überhaupt keinen Strafanspruch mehr besäße.

Diese Ansicht wird von mehreren Autoren [4] geteilt und ist vom deutschen Reichsgericht nach einigem Schwanken sanktioniert worden [5]. Doch sind die Argumente, mit denen das hohe Gericht in EDR 25.27 seinen Standpunkt begründet, etwas fadenscheinig. Es führt aus, daß das «Ne bis in idem» nicht bloß prozessualer, sondern auch materiell-rechtlicher Natur sei, weil der Grundsatz durch Ausschluß einer weitern Strafverfolgung die Straflosigkeit der Tat in ihrem ganzen Umfange . . . . begründe und dem Angeklagten ein materielles Schutzrecht verleihe.

Ebenfalls von mehreren Autoren [6] verteidigt wird die Ansicht, das Verbot des «bis in idem» sei eine rein *prozeßrechtliche Norm.* Auch wir neigen dieser Auffassung zu. Begründen läßt sich unser

---

2 Vgl. Goldschmidt S. 164.
3 Barbarino S. 69.
4 Vgl. Löwe § 340 N. 5b, vor § 151 N. 28 d,
ferner Düwel S. 30 und die dort angegebene Literatur.
5 Vgl. statt vieler EDR 25.27; 49.170.
6 Beling 264 ff. Bennecke-Beling S. 408, Binding Abh. II. 327.
ferner Barbarino S. 69 und die dort verzeichnete Literatur.
Ebenfalls Waiblinger N. 1 zu StrV 4.

Standpunkt nur, wenn man von der rechtlichen Natur und vom Inhalt des materiellen Strafrechtes ausgeht.

Jeder Satz des materiellen Strafrechtes enthält ein Verbot, seltener ein Gebot, das sich an einen bestimmten Personenkreis richtet, und dessen Uebertretung mit Strafe bedroht wird. Im Strafrecht stellt der Staat zwingende Verhaltungsnormen auf, die ohne Rücksicht auf die individuelle Ueberzeugung der Rechtsgenossen gelten, weil der Gesetzgeber sie als richtig ansieht [7]: Sollen nun diese Normen nicht nur Ermahnungen und gute Ratschläge bleiben, sondern als Rechtsgebote und -verbote einen Sinn haben, müssen sie erzwungen werden können. Jeder Rechtssatz erhebt den Anspruch auf Zwangscharakter [8]. Tatsächlich ist jedoch eine «Realerzwingung» aller dieser öffentlich-rechtlicher Sätze nicht möglich, und viele Gesetzesübertretungen lassen sich schlechterdings nicht verhindern. Aehnlich wie im Zivilrecht, wo der Gläubiger anstatt der Realleistung oft nur Schadenersatz fordern kann, muß im öffentlichen Recht der Staat seine Normen gegebenenfalls durch das Mittel der Strafe erzwingen. «Die Strafe ist die notwendige Folge der Uebertretung öffentlich-rechtlicher Normen.» Ihre Notwendigkeit ergibt sich aus der Erzwingbarkeit des Rechtes [9]. Die Strafe ist nicht ein Mittel, ein fertiges Verbot zu schützen; sie gehört vielmehr zu einem vollständigen Verbot.

Was geschieht nun, wenn ein solches Verbot (schuldhaft) übertreten wird? Man spricht im allgemeinen von einem Strafanspruch, der in diesem Falle entstehe und dem Staate zukomme. Besser wäre es, von einer Straf*pflicht* des Staates zu sprechen. Denn mit der Aufstellung der Rechtssätze und Bestimmung der Pflichten, die sich aus der Anwendung dieser Sätze im einzelnen Fall ergeben, sind die Aufgaben des Staates nicht erschöpft. Das Recht will auch durchgesetzt werden [10].

Und zwar muß das öffentliche Recht als zwingendes, unabhängig vom Willen der Einzelnen geltendes Recht von Amtes wegen geltend gemacht und erzwungen werden, sei es direkt, sei es indirekt durch das Mittel der Strafe.

Aus dem Charakter eines öffentlich rechtlichen Verbots oder Gebots folgt somit, daß bei dessen Uebertretung der Staat zu strafen (und nicht etwa nur zu verurteilen) verpflichtet ist. Wann geht denn diese Pflicht, die man heute noch allgemein als Strafanspruch zu bezeichnen pflegt, unter? Etwa mit dem rechtskräftigen Strafurteil? Ist denn z. B. der Gläubiger, dessen Anspruch auf eine Realleistung in einen Schadenersatzanspruch umgewandelt wird, befrie-

7 Vgl. Burckhardt (Org. 280 ff.) dessen Ausführungen wir folgen.
8 Thormann ZbJV 72 S. 154.
9 Auch Thormann faßt die Strafe als indirekte Erzwingung eines Rechtssatzes auf.
10 Burckhardt, Org. S. 280.

digt, und geht sein Anspruch unter, bevor die Schadenersatzleistung erbracht wird? Niemals! Genau gleich geht die Strafpflicht des Staates auch erst unter, wenn bestraft worden ist, genauer ausgedrückt, wenn die Strafe verbüßt ist.

Die Funktionen des Strafurteils beschränken sich im wesentlichen auf die authentische Feststellung und Verkündung, ob überhaupt ein strafbarer Tatbestand und eventuell welcher Tatbestand erfüllt sei, wonach auch die verwirkte Rechtsfolge festgestellt wird [11]. Hinsichtlich des «Strafanspruches» wirkt das Urteil rein deklaratorisch [12]. Auch die Strafzumessung ist bloß Ermittlung, nicht Setzung der rechten Strafgröße [13]. Dem Urteil eine «anspruchskonsumierende» Wirkung beilegen zu wollen, wie dies gesetzgeberisch durch das Prozeßrecht geschehen könnte, entspräche in keiner Weise dem materiellen Recht [14]. Das Prozeßrecht aber soll der Verwirklichung des materiellen Rechts dienen, und es kann seine Aufgabe nicht sein, eine von diesem abweichende Lösung zu finden.

Wir glauben genügend bewiesen zu haben, daß die Rechtsfolge eines Deliktes gedanklich nur durch dieses selbst ausgelöst werden kann [15], und daß sie nur durch Erfüllung, d. h. durch Verbüßung der Strafe [16], nicht aber schon durch rechtskräftige Verurteilung untergeht.

Somit hat das «Ne bis in idem», das wir als eine Wirkung des rechtskräftigen Urteils kennen gelernt haben, ausschließlich prozeßrechtliche Bedeutung.

---

11 Binding, Abh. II. S. 271—74.

12 Beling, S. 272; Bennecke-Beling S. 409.

13 Bennecke-Beling S. 409 ff; Binding Abh. II. S. 276.

14 Betreffend die Ablehnung der materiellrechtlichen Theorie vgl. auch § 4. I. Ueber das ganze Problem spricht sich Waiblinger nur unklar aus; vgl. seine Anmerkungen zu Art. 4.

15 Binding Abh. II. S. 267.

16 Allerdings sind wir die Antwort schuldig geblieben, ob und wie durch ein Fehlurteil der Strafanspruch konsumiert wird. Es ist eine Tatsache, daß ein Unschuldiger durch eine ungerechte Verurteilung zur Duldung einer Strafe gezwungen werden kann, ebenso wie umgekehrt ein Schuldiger sich dank einer ungerechten Freisprechung der Strafe entziehen kann. In solchen Fällen möchte Binding den Urteilen doch konstitutive Wirkung beimessen (Abh. II S. 284.) Beling dagegen sieht in den Fehlurteilen rechtswidrige Ergebnisse, die man zwar nicht als absolut nichtig betrachten dürfe, aber doch durch das Institut der Wiederaufnahme zu korrigieren versuchen müsse. (Vgl. über das ganze Problem Beling S. 272 ff). Auch wir sind der Meinung, daß z. B. durch eine ungerechtfertigte Freisprechung der Strafanspruch nicht untergeht, aber mit Rücksicht auf die Sperrwirkungen der materiellen Rechtskraft nicht mehr geltend gemacht werden kann, bis durch die Wiederaufnahme in einzelnen Fällen Abhilfe geschafft wird.

II. Die Bedeutung des Grundsatzes als negative Prozeßvoraussetzung.

Die Tatsache, daß eine Sache rechtskräftig abgeurteilt ist, steht jedem weitern Verfahren über denselben Gegenstand als Prozeßhindernis entgegen. Es handelt sich um eine sog. negative Prozeßvoraussetzung, die kraft des das Verfahren beherrschenden Offizialprinzipes von Amtes wegen geprüft werden muß, gleichgültig in welchem Stadium sich der Prozeß befindet [17]. Erstmals wird sich somit der Untersuchungsrichter beim Einlangen der Strafanzeige mit dieser Frage zu befassen haben, da er gemäß Art. 82 Str.V. zu prüfen verpflichtet ist, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Strafverfolgung vorliegen. Fällt diese Untersuchung negativ aus, so stellt er dem Bezirksprokurator den Antrag, der Anzeige keine Folge zu geben. Mit der Zustimmung des Bezirksprokurators wird der Antrag zum Beschluß erhoben (Art. 84). Der Untersuchungsrichter ist berechtigt und in gewissen Fällen (Art. 87) sogar verpflichtet, vor der Eröffnung der Strafverfolgung einzelne Untersuchungsmaßnahmen durchzuführen.

Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß unser Prozeßhindernis erst nach Einleitung der Voruntersuchung entdeckt wird. Dem Offizialprinzip entspricht es, daß es auch dann berücksichtigt, und die Voruntersuchung durch Aufhebungsbeschluß beendigt wird [18]. Fällt das Hindernis nachträglich weg, so kann in analoger Anwendung von Art. 203 die Untersuchung wiedereröffnet werden.

Befindet sich der Prozeß im Stadium des Hauptverfahrens, so ist auch das urteilende Gericht nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 238 von Amtes wegen zur Prüfung der Prozeßvoraussetzungen verpflichtet. Ueberdies bildet das «Ne bis in idem» den Gegenstand einer Vor- oder Zwischenfrage (Art. 238), wobei aber zu beachten ist, daß es jederzeit bis zur Urteilsfällung geltend gemacht werden kann. Wird das Vorliegen dieses Hindernisses bejaht, so endet das Verfahren mit dem Urteil, daß ihm keine weitere Folge gegeben werde (Art. 256).

III. Die Verletzung des Grundsatzes durch das Urteil.

Zu untersuchen ist der Tatbestand, wonach ohne Rücksicht auf eine bereits erfolgte rechtskräftige Aburteilung über dieselbe Sache ein zweites Urteil ergeht.

Solange das zweite Urteil nicht in Rechtskraft erwachsen ist, kann es durch ein ordentliches Rechtsmittel, sei es durch die Appellation, sie es durch die Nichtigkeitsklage gemäß Art. 327 Ziff. 5

17 Waiblinger zu Art. 4; ZbJV. 47.366.
18 Art. 184 ff. Vgl. auch Düwel S. 55 und Waiblinger zu Art. 4.

oder 328 Ziff. 2 angefochten werden» [19]. Mit dem Eintritt der Rechtskraft jedoch schwindet auch diese Möglichkeit. Man wird nun untersuchen müssen, ob etwa die Voraussetzungen für ein ausserordentliches Rechtsmittel gegeben sind. In Frage kommen sowohl die Wiederaufnahme (Art. 347 ff) als auch die Wiedereinsetzung in den früheren Stand (Art. 338 ff).

Ist indessen eines der beiden rechtskräftigen Urteile schon verbüßt, und soll auch noch das zweite Urteil zur Ausführung gelangen, so hat der Verurteilte die Möglichkeit, sich im Vollstreckungsverfahren dagegen zur Wehr zu setzen (Art. 378), was durch schriftliche oder mündliche Erklärung beim Regierungstatthalter zu geschehen hat. (Art. 374). Ueber die Einsprache entscheidet die Strafkammer nach Anhörung des Generalprokurators (Art. 376/7).

Sind beide Strafen noch unverbüßt, und läßt sich auch durch die Rechtsmittel keine Abhilfe schaffen, ist nach dem Grundsatze «in dubio mitius» zu verfahren, und das für den Angeschuldigten günstigere Urteil zu vollstrecken [20].

Gewisse Autoren sehen zwar jeden weitern Entscheid über eine rechtskräftig beurteilte Sache als nichtig an [21]. Ein solcher hätte dementsprechend völlig unberücksichtigt zu bleiben, und eine Vollstreckung könnte nur aus dem zuerst rechtskräftig gewordenen Urteil stattfinden.

Dagegen ist zu bemerken, daß das bernische Strafverfahren den Begriff eines nichtigen Urteils nicht kennt, und daß die Rechtsprechung keinen Anlaß hat, einen solchen anzuerkennen, solange andere Möglichkeiten offen bleiben, Mängel des Verfahrens zu beheben [22]. Es bedeutete eine Verkennung des Grundsatzes «ne bis in idem», wollte man einen nochmaligen Prozeß in derselben Sache statt für unzulässig für unwirksam erklären [23].

§ 3. «Ne bis in idem» und der Grundsatz «ein Verbrechen nur eine Strafe».

Das deutsche Reichsgericht hat mehrmals [1] die Ansicht geäussert, das «Ne bis in idem» sei eine Anwendung des grundlegenden Satzes des Strafrechts, daß die Schuld durch die Strafe getilgt

19 Krebs, N. 1 zu Art. 4 Str.V.
20 Glaser, II. S. 74—76.
21 Vgl. über das Problem nichtiger Urteile: Beling S. 205; Binding Abh. II. S. 312; Lohsing S. 539 f; ferner § 8. IV. unserer Arbeit und die dort verzeichnete Literatur.
22 Vgl. § 8. IV unserer Arbeit; ebenso Düwel S. 125.
23 Düwel S. 125.
1 EDR 13. S. 146; 35. S. 367; 25. S. 29. 41. 153.

werde. Es dürfe deshalb für *eine* Tat auch nur *eine* Strafe verhängt und, als prozessuale Folge davon auch nur *ein* Verfahren durchgeführt werden.

Dieser Ueberlegung liegt ein Fehler zugrunde. Gewiß wird die Schuld des Täters durch die Strafe getilgt, aber nicht schon durch die Zuerkennung der Strafe, sondern erst durch ihre Verbüßung [2]. Der Grundsatz «ein Verbrechen nur eine Strafe» besagt nichts anderes, als daß mit der Verbüßung der (gerechten) Strafe die Tat gesühnt sei, und daß den Täter aus diesem Grunde für *dasselbe* Delikt keine zweite Strafe treffen soll. Dieser Grundsatz ist ein Ausfluß der absoluten Strafrechtstheorien, die die Strafe als Vergeltung für die verbrecherische Tat auffassen.

Nun müsen wir zwar zugeben, daß durch die Verbüßung der gerechten Strafe, womit der Verbrecher seine Tat sühnt, der staatliche Strafanspruch nicht in allen Fällen untergeht. Man denke nur an die Möglichkeit, daß der Täter für dasselbe Delikt schon im Auslande eine Strafe erlitten hat. Seine Tat ist gesühnt, jedoch der inländische Strafanspruch nicht untergegangen. Denn wir haben gesehen, daß die Bestrafung nichts anderes ist als eine indirekte Verwirklichung gewisser öffentlich-rechtlicher Rechtsvorschriften, was nur durch die Behörden desjenigen Staates geschehen kann, der das Recht auch gesetzt hat. Doch wäre es eine schreiende Ungerechtigkeit, sollte der Täter, weil er zufällig der Gerichtsbarkeit zweier Staaten unterstellt war, doppelt bestraft werden. In solchen Fällen erklärt sich möglicherweise der Inlandstaat damit befriedigt, daß der Täter im Ausland die Strafe verbüßt hat, die auch er ihm auferlegt hätte und verzichtet auf seinen Strafanspruch.

«Ein Verbrechen nur eine Strafe» ist ein rein materiellrechtliches Prinzip, und so falsch es wäre, die beiden Sätze «in dubio pro reo» und «in dubio mitius» einander gleichstellen zu wollen, ebenso verkehrt wäre es, im rein proz. «Ne bis in idem» eine Anwendung des materiellen Prinzipes «ein Verbrechen nur eine Strafe» zu sehen.

Daß die beiden Prinzipien einander nicht überflüssig machen, sondern sich im Gegentel ergänzen, möge aus folgendem hervorgehen:

1. Ohne das «Ne bis in idem» (also bei Ablehnung der materiellen Rechtskraft) könnte ein Urteil, solange die Strafe nicht vollständig verbüßt ist, beliebig abgeändert werden, weil der Strafanspruch noch vorhanden ist, und einem neuen Strafverfahren nichts im Wege stände. Aber auch nach Verbüßung der Strafe wäre der Täter vor einer neuen Verfolgung nicht sicher. Sogar in diesem Falle könnte es zu einem zweiten Urteil kommen, dann nämlich,

[2] Vgl. § 2. I am Ende.

wenn das erste Urteil zu milde ausfiel. Denn der Strafanspruch kann nur durch Verbüßung der gerechten Strafe untergehen.

2. Im positiven Recht erfährt das Rechtskraftsprinzip verschiedene Durchbrechungen. Nicht allen Strafurteilen oder Urteilssurrogaten wird die Wirkung des «Non bis in idem» zuerkannt [3]. Diese Ausnahmen finden ihren Grund z. T. in staatspolitischen Erwägungen, z. T. in der Besonderheit gewisser prozessualer Institute [4]. In allen Fällen, wo das «Ne bis in idem» nicht Platz greift, erlangt der Satz «ein Verbrechen nur eine Strafe» erhöhte Bedeutung. Er ist es, der eine Doppelbestrafung des Täters für dieselbe Handlung verhindert; nicht weil er eine neue Verfolgung verunmöglichte [5], sondern weil er besagt, daß infolge der Verbüßung der gerechten Strafe der Strafanspruch des Staates nicht mehr existiert.

Ein Beispiel möge unsere Behauptungen erhärten:
Ein Deutscher verübt von seiner Heimat aus ein Verbrechen gegen die Sicherheit des Staates Bern (StrGB Art. 67—70). Dadurch wird sowohl deutsche wie auch bernische Gerichtsbarkeit begründet, jene auf Grund des Territorial-, diese auf Grund des Schutzprinzips. Wir wollen nun annehmen, Deutschland habe, ohne vom Staate Bern eine Verzichtserklärung auf seine Gerichtsbarkeit [6] zu verlangen, den Täter von sich aus bestraft. Dies hindert nicht, daß der Täter, sofern er später in die Gewalt des Staates Bern gelangt, noch einmal verfolgt werden kann. Abgesehen davon, daß dies eine Ausnahme des «Ne bis in idem» bedeutet, die uns in diesem Zusammenhange nicht interessiert [7], können wir feststellen: Entspricht die neue Strafe der in Deutschland verhängten und verbüßten, dann muß der Täter straffrei erklärt, bzw. freigesprochen werden [8], da das Gesetz die Anrechnung der vollzogenen Strafe vorschreibt [9]. Mit andern Worten: Der Täter hat seine Tat schon gesühnt, der Staat verzichtet auf seinen Strafanspruch. Anders verhält es sich, wenn Bern eine schärfere Strafe ausspricht. Die verbüßte Strafe wird nur angerechnet, wodurch unserm Prinzip ebenfalls Genüge geleistet wird.

Als Ergebnis dieses Paragraphen wollen wir festhalten, daß die beiden Prinzipien, von denen hier die Rede war, sich zwar in vielen Fällen decken, im übrigen aber theoretisch und in ihren praktischen Wirkungen streng auseinander zu halten sind [10]. Das «Ne bis

3 Vgl. für das bernische Recht Str.V. 9—11 und 224_3. Ebenso SStrGB Art. 3—6.
4 Vgl. darüber §§ 9 und 10.
5 Vgl. Str.V. Art. 9.2; 10.3; ebenso SStrGB Art. 3.2, 4.2
6 Vgl. BG betr. die Auslieferung gegenüber dem Auslande, vom 22. Januar 1892, Art. 2 Abs. 2.
7 Vgl. § 9.
8 StrV. Art. 256.1.
9 Art. 10.3 StrV.
10 Was die bernische Strafkammer oft übersehen hat; vgl. ZbJV 41.501; 47.366; ebenso BGE 43.1.334.

in idem» ist eine Wirkung der dem Urteile beigelegten Rechtskraft. Wie wir noch sehen werden [11], ergibt es sich nicht notwendigerweise aus dem Wesen des (materiellen oder formellen) Strafrechts. Im Satz «ein Verbrechen nur eine Strafe» dagegen liegt eine Wirkung der Verbüßung der Strafe, indem normalerweise dadurch der Strafanspruch untergeht, oder aber indem der Staat, wo dies nicht der Fall ist, aus Billigkeitsrücksichten auf seinen Anspruch verzichtet. Dieser Grundsatz könnte auch in einem Staate gelten, dessen Recht die Klagekonsumtion, das «Ne bis in idem», nicht anerkennen wollte [12].

11 Siehe § 5. III.
12 Binding Abh. II. S. 327.

2. Kapitel

INWIEWEIT LÄSST SICH DER GRUNDSATZ «NE BIS IN IDEM» RECHTFERTIGEN?

§ 4. Allgemeiner Ueberblick über die Begründung des Grundsatzes in der Literatur.

Mag heute das «Ne bis in idem» auch allgemein anerkannt sein, so dürfen wir doch nicht übersehen, daß seine Geltung zu gewissen Zeiten stark beschränkt, wenn nicht gar geleugnet wurde [1]. Tatsächlich ist es nicht überflüßig, nach dem Rechtsgrunde dieses Prinzips zu fragen, äußert es doch Wirkungen, die u. U. äußerst einschneidend sein können. Da wir in unserm Grundsatz eine Wirkung der Rechtskraft des Urteils erkannt haben, ist die Frage nach seinem Rechtsgrunde zugleich auch die Frage nach dem innern Grunde der Rechtskraft überhaupt. Die verschiedenen Ansichten hierüber lassen sich im großen und ganzen in 3 Kategorien einteilen, innerhalb welchen auch wieder gewisse Unterschiede festzustellen sind.

I. Die Fiktionstheorie.

Nach dieser Theorie läßt sich das Institut der Rechtskraft durch die Tatsache rechtfertigen, daß das Urteil, welches in einem ordnungsgemäß geführten Prozesse unter staatlicher Autorität ergangen sei, die Vermutung absoluter Richtigkeit für sich beansprucht. Savigny, der der Fiktionstheorie zur Herrschaft verhalf, behauptet [2], «die Rechtskraft des richterlichen Urteils sei nichts anderes als die Fiktion der Wahrheit, wodurch das rechtskräftige Urteil gegen jeden künftigen Versuch der Anfechtung oder Entkräftung gesichert werde. Diese dem rechtskräftigen Urteil beigelegte Fiktion der Wahrheit habe eine starke Rückwirkung auf die subjektiven Rechte zur Folge, da es durch diese Fiktion geschehen könne, daß ein vorher nicht vorhandenes Recht neu erzeugt, oder ein vorhandenes Recht zerstört, vermindert oder in seinem Inhalt verändert werde». Doch zeigen sich nach Savigny die Wirkungen dieser Fiktion nicht bloß bei dem ungerechten Urteil, wo die Uebereinstimmung mit der materiellen Wahrheit künstlich hergestellt wird, sondern auch beim gerechten Urteil, indem dessen ohnehin wahrer Inhalt noch eine Bestätigung und Bekräftigung erfahren soll.

1 Vgl. Einleitung.
2 Savigny, System VI. S. 261.

Die Bedeutung der Fiktionstheorie wird schlagwortartig durch den Satz «res iudicata pro veritate accipitur [3]» zum Ausdruck gebracht [4].

Diese Theorie ist von der herrschenden Doktrin fallen gelassen worden. Ihre Unbrauchbarkeit für die Begründung der Rechtskraft ergibt sich aus den eigenen Konseqenzen [5]. Wenn das Urteil auf Grund jener Fiktion als absolut richtig zu gelten hätte, so könnten nicht nur die Beteiligten, sondern jeder Dritte den Inhalt des Urteils als Wahrheit für sich beanspruchen. Die einmal rechtskräftig entschiedene Frage müßte in jedem spätern Verfahren des Zivil- und Strafprozesses gleich entschieden werden, was der allgemeinen Rechtsanschauung widerspricht [6].

Uebrigens käme in ihren Wirkungen die Fiktionstheorie der sogenannten materiellrechtlichen Theorie von der Rechtskraft gleich. Diese geht bekanntlich noch einen Schritt weiter und legt dem Urteil anspruchserzeugende und -vernichtende Kraft bei [7], womit die Rechtskraft begründet wird. Daß diese Anschauung für das Strafurteil völlig unhaltbar ist, haben wir schon in § 2 ausgeführt.

II. Die Billigkeitstheorie.

Ihre Vertreter suchen den Satz «ne bis in idem» in erster Linie durch die Billigkeit zu begründen, als deren Gebot sie es ansehen, daß derjenige, welcher sich wegen einer ihm zur Last gelegten Handlung vor Gericht verantwortet hat, nicht jederzeit der Möglichkeit einer neuen Verfolgung ausgesetzt sei.

Vielleicht am ausgeprägtesten findet sich diese Idee bei Hefftter [8]. Wer die Rechtskraft des Strafurteils leugnet, meint er, «verkennt die Natur der menschlichen Strafjustiz, die der Mensch im gesellschaftlichen Interesse bei eigener Fehlbarkeit über den Mitmenschen auszuüben gezwungen ist». In den Vordergrund zu stellen sei das «humanitarische Element der Schonung und Milde, wo sie nur immer stattfinden kann, ohne mit absoluten Forderungen der Gerechtigkeit in Widerspruch zu treten». Gegen wen sich ein gegründeter Verdacht erhebe, sei zwar schuldig, sich zu rechtfertigen. Es könne aber diese Pflicht zur Verantwortung nicht als eine stets

[3] Ulpianus, libro I ad legem Juliam et Papiam
L. 207. D. de regulis iuris. 50.17 cit in Berner GA. 3.477.
[4] Die Fiktionstheorie wird in etwas veränderter Gestalt ferner vertreten durch Levis in ZStW 19.1898 S. 368.
Birkmeyer dt. Strafprozeßrecht 1898 S. 674. Lohsing S. 539.
[5] Barbarino S. 12.
[6] Vgl. Glaser II. S. 69; OR 53. Düwel 23. Beling 274.
[7] Vgl. § 2; ferner Leuch N. IIa zu ZPO 192.
[8] S. 15.

fortdauernde gelten, ohne zu einem Damoklesschwert zu werden, das jeden Lebenszweck zu zerstören geeignet sei.

Auch Berner [9] ist ein eifriger Verfechter dieses Billigkeitsgedankens. Zwar gibt er zu, daß die materielle Wahrheit mit der größten Sorgfalt erforscht werden müsse, aber einmal müsse Halt gemacht werden. Von einem bestimmten Zeitpunkt an muß es «mit den Zögerungen, Prüfungen, Berufungen ein Ende nehmen, sonst würde man, über dem Streben nach einer unerreichbaren *absoluten* Gerechtigkeit, die Verwirklichung der einzig möglichen endlichen und beschränkten Gerechtigkeit aufgeben». Der Staat gebe seinen Untersuchungsbehörden alle Mittel in die Hand und leihe ihnen sogar seine Macht, damit die materielle Wahrheit möglichst genau ermittelt werden könne. Führen nun die staatlichen Behörden das Verfahren mit der nötigen Sorgfalt durch, so wird es höchst selten zu unrichtigen Ergebnissen kommen. Wenn aber infolge Pflichtwidrigkeit, mangelnder Sorgfalt oder Unkenntnis seitens jener Behörden der Täter zu milde bestraft worden ist, dann soll nicht er die Folgen davon tragen, dadurch daß er einer neuen Untersuchung unterworfen werde.

Was würde dem Unschuldigen übrigens eine Freisprechung nützen, die ihn nicht vor der Wiederholung desselben Verfahrens schützte? Die Rechte der Persönlichkeit gebieten es, daß der Unschuldige vor einer zweiten und dritten Verfolgung sicher ist, sollte dies auch durch den Preis erkauft werden, daß mitunter ein Delinquent der verdienten Strafe entzogen wird.

Etwas ungenau läßt sich die Billigkeitstheorie in den lateinischen Satz kleiden: «satius est inpunitum reliqui facinus nocentis quam innocentem damnari» [10]. In Anlehnung an diesen Ausspruch ist dann etwa behauptet worden, es wäre besser, hundert Verbrecher gingen straflos aus, als daß ein Unschuldiger bestraft werde, was schon reichlich nach Uebertreibung aussieht [11].

Auch diese Lehre ist nicht unangefochten geblieben. Binding [12] sieht in den von ihr vorgebrachten Argumenten «Pseudogründe, die trotz zweifelloser Unrichtigkeit praktische Verwertung» fänden. In der Praxis habe diese schwächliche Rechtfertigung zu einer grundfalschen Auslegung des «Ne bis in idem» und zu höchst schädlichen Konsequenzen geführt.

Neben Binding ist es hauptsächlich v. Kries [13], der der Billigkeitstheorie den Kampf angesagt hat. Ihm sei zugegeben, daß man

[9] In GA. 3. S. 473—77.
[10] L. 5 pr. D. 48, 19 (de poenis). Allerdings wird diese Stelle im corpus iuris in einem etwas andern Zusammenhange wiedergegeben.
[11] Bachtler, S. 91.
[12] Abh. II. 314.
[13] Lehrb. S. 594.

das Rechtskraftsprinzip nicht einzig und allein mit Billigkeitsrücksichten zu rechtfertigen vermag. Daß diesen aber, neben andern Gründen, eine nicht zu unterschätzende Bedeutung beigemessen werden muß, wird man im allgemeinen anerkennen dürfen.

III. Rechtspolitische Begründung.

Unter den Anhängern dieser Theorie finden sich nicht wenige, die in der Rechtskraft des Urteils ein Gebot der Rechtssicherheit erblicken. «Das Recht kann auf Augenblicke unsicher werden», sagt A. F. Berner [14], «aber es darf nicht unsicher bleiben. Es ist die Aufgabe der Rechtspflege, das wankend gewordene Recht auf seinen Schwerpunkt zurückzurollen und wieder zu befestigen. Dies ist aber ohne Auctoritas rei iudicatae nicht möglich. Nur die Unanfechtbarkeit der Richtersprüche gibt der öffentlichen Rechtsordnung die nötige Sicherheit». Eine ständige Prozeßerneuerung, wie sie ohne materielle Rechtskraft möglich wäre, würde die Rechtssicherheit und das Vertrauen in Rechtsprechung und Richterstand untergraben [15]. Was der Staat durch seine Gerichtsorgane in einem bestimmten Verfahren hat entscheiden lassen, soll nun feststehen und für alle Zukunft gelten. Darauf muß man rechnen können. Der Prozeß, der als Rechtsinstitution dazu geschaffen ist, die Ungewißheit über das Vorhandensein und die Gestaltung von Rechtsverhältnissen zu beseitigen, würde seine Aufgabe schlecht erfüllen, wenn er, anstatt Rechtsgewißheit herbeizuführen, selbst zu einer Quelle neuer Zweifel und neuen Streites würde [16]. Das Interesse an der Rechtssicherheit geht allen andern Interessen vor. Diese haben jenem gegenüber in den Hintergrund zu treten. Nur dann, wenn das Urteil respektiert werden muß, wie es einmal ergangen ist, vermag die Rechtsprechung ihren Platz innerhalb der Rechtsordnung des Staates ganz auszufüllen.

Neben dem Bedürfnis nach Ordnung und Rechtssicherheit zieht Beetschen [17] auch noch ökonomische Gründe herbei, um die Rechtskraft zu rechtfertigen. Er ist nämlich der Ansicht, daß der Staat die Fülle der sich ihm bietenden konkreten Einzelfälle nur dann bewältigen kann, wenn das einmal entschiedene als endgültig erledigt betrachtet und darauf auf- und weitergebaut werden kann.

Binding [18] betrachtet den innern Grund der Rechtskraftswirkung vom rein staatsrechtlichen Gesichtspunkte aus und erkennt darin einen Anwendungsfall des «Grundsatzes der Einmaligkeit de-

[14] G.A 3. S. 474.
[15] Beling S. 268. Bennecke-Beling S. 407. Schanze S. 452; für das Verwaltungsrecht: Otto Mayer S. 163.
[16] Babarino S. 19.
[17] S 28.
[18] Abh. II. S. 314.

finitiver Staatsaktion», womit der Staat die Aufrechterhaltung der innern und äußern Einheitlichkeit seiner Tätigkeit zu wahren sucht.

Trotz diesen zahlreichen, die verschiedensten Gesichtspunkte berücksichtigenden Rechtfertigungsversuchen wollen wir uns nicht verheimlichen, daß das Institut der Rechtskraft im Zivilrecht zu Hause ist. War man denn berechtigt, dieses Institut auf das öffentliche Recht und insbesondere auf das Strafrecht zu übertragen? Widerspricht es denn nicht dem zwingenden Charakter des öffentlichen Rechtes?

§ 5. Die Rechtskraft öffentlichrechtlicher Entscheide.

I. Allgemeines.

Wie schon angedeutet wurde, ist die Lehre von der Rechtskraft auf dem Boden der Zivilrechtswissenschaft entstanden, und blieb sie die längste Zeit in dieser Einschränkung bestehen [1]. Als Begründer der publizistischen Rechtskraftslehre darf dank seinem Werke «Rechtssprechung und materielle Rechtskraft [2]» Edmund Bernatzik angesprochen werden. Als erster untersucht er das Problem der Rechtskraft für das Verwaltungsrecht, und bejaht er die Geltung jenes Institutes für dieses Gebiet, wenigstens sofern es sich um Entscheidungen der Verwaltungsrechtspflege handelt. Eine Anpassung des Rechtskraftsinstitutes an den besondern Charakter des öffentlichen Rechtes erachtet Bernatzik als überflüssig. Er glaubt das Institut unverändert auf das Verwaltungsrecht übertragen zu können.

Ebenso ist Otto Mayer [3] der Ansicht, daß die Rechtskraft im Verwaltungsrecht anerkannt werden müsse, allerdings mit der Einschränkung, daß sie nicht allen Staatsakten, sondern nur den Urteilen zukommen könne. Etwas weit jedoch geht wohl Ludwig Spiegel [4], der behauptet, daß gerade im Verwaltungsrecht die absolute Rechtskraft zu Hause sei.

Daneben fehlt es aber nicht an Stimmen, die die Rechtskraft aus dem Gebiet des Verwaltungsrechtes ausschließen möchten. Hier verdient besonders Philipp Zorn hervorgehoben zu werden, der sich in seinen «Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit [5]» zu folgender Anschauung bekennt: Zwar wären auch im Verwaltungsstreitverfahren feste Rechtssicherheit, «fixe und unantastbare

[1] Merkl: S. 1.
[2] Erschienen in Wien 1886.
[3] Deutsches Verwaltungsrecht. 2. Aufl. I. 167.
[4] Verwaltungsrechtswissenschaft, Leipzig 1909.
[5] Im Verwaltungsarchiv Berlin. 2. Band 1894 S. 74 ff.

Rechtskreise», erwünscht, doch sei in Dingen der öffentlichen Ordnung die einzig mögliche Rechtssicherheit die Richtigkeit des Rechts. «Es ist undenkbar, daß die eingetretene Rechtskraft je ein Hindernis bilden könnte, einen vom Gesichtspunkte der öffentlichen Ordnung aus fehlerhaften Zustand in einen fehlerfreien zu verwandeln.»

In diesem Zusammenhange sei noch die eigenartige Kompromisslösung Friedrich Tezners[6] erwähnt, wonach die Rechtskraft potentiell jedem Verwaltungsakt zukomme, *wofern sie ihm nicht (aktuell) kraft eines entgegenstehenden öffentlichen Interesses genommen sei.* Durch diese Einschränkung glaubte der Autor trotz Anerkennung der Rechtskraft dem zwingenden Charakter des öffentlichen Rechtes gerecht werden zu können.

Soviel dürfte aus dem Abschnitt hervorgegangen sein, daß man Institute des Privatrechts nicht gedankenlos auf das Gebiet des öffentlichen Rechtes übertragen kann. Aus diesem Grunde wollen wir nun untersuchen, ob und inwieweit sich das Rechtskraftsinstitut im öffentlichen Recht und speziell im Strafrecht rechtfertigen läßt.

II. Der Unterschied in der Anwendung öffentlichen und privaten Rechts.

Gleich zu Beginn unserer Untersuchung sei festgestellt, daß auf dem Gebiete des Zivilrechts die Notwendigkeit, den Urteilen Rechtskraft zukommen zu lassen, ernstlich nie angezweifelt worden ist. Der Zivilprozeß bezweckt, durch sein Urteil einen Rechtsstreit zu beendigen. Soll aber dieser Zweck wirklich erreicht werden, dann hat die Rechtsordnung dafür zu sorgen, daß der neu geschaffene Rechtsfriede nicht ein zweites Mal gestört werde[7]. Hierin liegt der Grund, weshalb das Zivilurteil notwendigerweise mit materieller Rechtskraft ausgestattet sein muß. Der Zweck des Zivilprozesses verlangt es[8].

Diese Ueberlegung verliert jede Geltung, sobald man zum öffentlichen Recht übergeht. Die Erklärung dafür ergibt sich aus dem grundlegenden Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, einem Unterschied, der auch auf die Rechtsanwendung einen nachhaltigen Einfluß ausübt.

Das Privatrecht ist die Domäne der Privatwillkür[9]. Es kann im Einzelfall zu einer ungerechten Lösung führen, den Staat interessiert das nicht. Erst wenn unter den Parteien Streit entsteht, greift der Staat ein und sagt, was Rechtens ist. Damit wird dem

[6] Verwaltungsarchiv Berlin. Band 19. 1910.
[7] Julius Binder, die subjektiven Grenzen der Rechtskraft. Leipzig 1895. S. 1.
[8] Burckhardt, Organisation S. 67.
[9] v. Dach. S. 14.

Rechtsstreit ein für allemal ein Ende gesetzt. Die Rechtsunsicherheit, die zwischen 2 Parteien bestand, ist durch das Dazwischentreten des Staates beseitigt worden.

Etwas ganz anderes dagegen ist die Anwendung öffentlichen Rechtes. Das öffentliche Recht wird vom Staat im öffentlichen Interesse aufgestellt. Bei der Setzung des öffentlichen Rechtes läßt sich der Staat durch die Idee der Gerechtigkeit leiten. Denn eine seiner Aufgaben besteht ja gerade darin, eine möglichst gerechte Ordnung des Zusammenlebens aufzustellen. Das öffentliche Recht ist zwingendes Recht, weil es der positive Ausdruck der Gerechtigkeit ist [10]. Es kann durch private Abmachungen nicht abgeändert werden; es gilt ohne Rücksicht auf die persönliche Meinung des einzelnen. Aber die Aufgaben des Staates sind damit nicht erschöpft, daß durch Rechtsnormen gesagt wird, welches der gerechte gesellschaftliche Zustand ist. Vielmehr muß dieser noch verwirklicht werden [11]. Dies kann nur geschehen, wenn das Recht in jedem Falle von Amtes wegen angewendet und vollzogen wird. Die Offizialmaxime ist also eine notwendige Folge des Zwangscharakters öffentlichen Rechtes [12]. Die Verwirklichung des Rechtes setzt aber seine *richtige* Anwendung voraus. Jede unrichtige Entscheidung ist Willkür. Eine Entscheidung, die auf Grund öffentlichen Rechtes getroffen wird, entbehrt jeglicher Existenzberechtigung, wenn sie dem Gesetz nicht oder nicht mehr entspricht [13]. Zwar ist die Gefahr, daß eine ungerechte Entscheidung gefällt wird, kleiner als im Zivilprozeß, weil hier die Tatsachen durch staatliche Organe ermittelt werden, die den wahren Sachverhalt, die sog. materielle Wahrheit, zu erforschen haben. Dennoch bringt es die Unvollkommenheit des Menschen mit sich, daß gelegentlich auch im öffentlichen Recht eine falsche Entscheidung getroffen wird. Erkennt nun das betreffende Organ, daß es einen Grundsatz falsch angewendet hat, so hat es grundsätzlich seine Anordnung abzuändern, zu berichtigen und mit dem materiellen Recht in Einklang zu bringen. Das öffentliche Recht hat, weil es gerecht sein will, eine absolute und durchgreifende Kraft. Das bedeutet einmal, daß es durch Vereinbarungen nicht abgeändert werden kann; das bedeutet aber auch, daß jeder

10 Burckhardt, Organisation S. 130.

11 Burckhardt, Organisation S. 131.

12 Max Blumenstein, S. 23: «Die zwingende Natur der Verwaltungsrechtsnormen macht sich in dem Sinne geltend, daß die Verwaltungsjustizbehörde *von Amtes wegen* dafür zu sorgen hat, daß die streitigen Ansprüche in der durch die gesetzlichen Vorschriften gebotenen Weise verwirklicht werden.» (S. 43): «Das Wesen der Offizialmaxime beruht darin, daß dem Richter im Prozeßverfahren diejenige dominierende Stellung eingeräumt wird, die es ihm ermöglicht, die Grundlage des Urteils über einen zwingenden Rechtsanspruch von Amtes wegen, unabhängig von den Anträgen der Parteien, festzustellen. Sie begründet die Pflicht des Richters zur Erforschung der materiellen Wahrheit.»

13 Burckhardt, Organisation S. 61.

Entscheid, der ihm widerspricht, abgeändert und ihm angepaßt werden muß.

Wenn man vom Begriff und Wesen des öffentlichen Rechtes ausgeht, kommt man zum Schluß, daß im Interesse der Gerechtigkeit Entscheide über öffentliches Recht der Rechtskraft nicht teilhaftig werden können.

III. Die Rechtskraft ist die natürliche Folge des Zivilprozesses, nicht aber des Strafprozesses.

Was für das öffentliche Recht im allgemeinen gilt, gilt auch für das Strafrecht im besondern. Zwar müssen wir zugeben, daß das Strafrecht sehr oft in einem Verfahren verwirklicht wird, das an die Formen des Zivilprozesses erinnert. Tatsächlich kennen heute die meisten Strafprozeßordnungen das sogenannte Akkusationsprinzip, das dem Angeschuldigten Parteistellung einräumt. Der Angeschuldigte ist nicht mehr wie im Inquisitionsprozeß Untersuchungsobjekt und Beweiswerkzeug in der Hand des Richters, sondern ein Prozeßsubjekt mit bestimmten Rechten und Pflichten. Ihm gegenüber steht, als «anklagende Partei», der Staatsanwalt. Doch dürfen wir uns nie darüber hinwegtäuschen lassen, daß die Struktur des Strafprozesses als Parteiverfahren [14] eine willkürliche Anpassung des Verfahrens an das Recht der persönlichen Freiheit des Angeschuldigten ist. Das Parteiverfahren wurde einzig im Interesse und zum Schutze des Angeschuldigten eingeführt [15], nicht aber, weil es sich im Strafprozeß etwa um eine Beurteilung einer Rechtsstreitigkeit i. S. des Zivilprozesses handelt. Eine solche kann gar nicht entstehen, denn der Staat hat ja in seinen Erlassen zum vornherein schon bestimmt, welche Handlungen strafbar sind. Im Strafprozeß handelt es sich nur noch darum, das vom Staate gesetzte Recht zu verwirklichen. Zweck des Strafprozesses ist es nicht, eine Rechtsstreitigkeit aus der Welt zu schaffen, sondern einen Befehl des Gesetzes zu vollziehen [16].

---

[14] Was das bernische Strafverfahren von 1928 für das Haupt- und Rechtsmittelverfahren anerkannt hat.

[15] Wie Bachtler, S. 70 richtig erkannt hat, indem er sagt: «Der Anklageprozeß ist nichts anderes als der Sieg der Einzelpersönlichkeit gegenüber einer allzu großen Beeinträchtigung der Freiheit und der im Besitze der Freiheit dem Bürger zustehenden Rechte.»
Im gleichen Sinne Julius Binder, S. 669, der dem Angeschuldigten im Strafprozeß Parteistellung einräumen will, obgleich er sie selber als unlogisch bezeichnet. Es handle sich indessen um eine Folge des Postulates, daß der Angeschuldigte im Verfahren als vernünftiger Mensch und Mitglied der Rechtsgemeinschaft anerkannt werde.
Vgl. ferner Burckhardt: Methode S. 206.

[16] Burckhardt, Organisation S. 67.

Wie steht es nun mit der Rechtskraft des Strafurteils? Einerseits haben wir gesehen, daß die Rechtskraft dem Zivilurteil notwendigerweise zukommen muß, will der Zivilprozeß seinen Zweck, nämlich die Beseitigung einer Rechtsunsicherheit zwischen 2 Parteien, erfüllen. Andrerseits haben wir erkannt, daß der Strafprozeß die Verwirklichung bestimmter öffentlicher Normen bezweckt, die infolge ihres zwingenden Charakters von Amtes wegen anzuwenden sind. Welche Normen auf diese Weise verwirklicht werden sollen, hat der Gesetzgeber entschieden, indem er sich durch die Idee der Gerechtigkeit leiten ließ. Was aber der Gesetzgeber als gerecht erkannt und zu Rechtsnormen gestaltet hat, soll auch gerecht angewendet und vollzogen werden. Wird diese Forderung aus irgendeinem Grunde einmal nicht erfüllt, ergeht also ein Fehlurteil, dann muß gefolgert werden, daß der Staat (ex officio) das unrichtige Urteil durch ein richtiges muß ersetzen können. Aehnliche Ueberlegungen sind es, die v. Dach veranlassen, die Rechtskraft strafgerichtlichen Urteile überhaupt abzulehnen [17]. Das Strafverfahren diene der gerechten Verwirklichung gerechter Normen, und jedes Prinzips, das dem Abbruch tue, müsse ausgemerzt werden.

Es wäre durchaus verfehlt, diese Ansicht als neu hinstellen zu wollen, erfreute sie sich doch schon zur Zeit des Inquisitionsprozesses großer Beliebtheit [18]. Es ist auch dieselbe Idee, die schon Philipp Zorn [19] in die Worte gekleidet hat, daß «in Dingen der öffentlichen Ordnung die einzig mögliche Rechtssicherheit die Richtigkeit des Rechtes» sei. Es ist ferner dieselbe Ansicht, zu der sich das schweizerische Bundesgericht in BGE 10.178 und 12.561 bekannt hat [20].

Schon Ortloff, der die leitenden Grundsätze des Strafprozesses von der Idee der Gerechtigkeit abzuleiten versucht, stößt auf das Problem der Rechtskraft des Strafurteiles [21] und fragt sich, ob es der Natur eines auf die Offizialmaxime gestützten Verfahrens nicht widerspreche, daß das Urteil nach einer bestimmten Zeit für unabänderlich gelte. Läßt es sich mit der Gerechtigkeit und mit der Pflicht des Staates, diese zu verwirklichen, vereinen, daß ein Strafurteil dieselbe Geltung behält, wenn in dessen Voraussetzungen nachträglich wesentliche Veränderungen eintreten? Ortloff kommt

17 S. 101—102.

18 Vgl. die Einleitung und für ausführlichere Angaben: Berner GA. 3, S. 483 ff und Heffter S. 15.

19 Vgl. § 5. I.

20 BGE. 10.178: Les principes de la procédure civile sur la chose jugée ne sont pas applicables en matière de droit public et constitutionnel où le débat peut intéresser une population entière. Im gleichen Sinne BGE. 12.561. In der Folge hat das Bundesgericht seine Praxis geändert und die materielle Rechtskraft öffentlich rechtlicher Entscheide grundsätzlich anerkannt. Vgl. BGE. 35.1.313; 38.1.574.

21 S. 88.

dann allerdings zum Schluß, daß die Rechtskraft im Interesse der Rechtsordnung beibehalten werden könne, wenn durch das Rechtsmittel der Wiederaufnahme des Verfahrens dem Streben nach materieller Wahrheit hinlänglich Rechnung getragen werde.

Als Resultat unserer Untersuchungen wollen wir vorläufig festhalten, daß sich die Rechtskraft des Zivilurteils notwendigerweise aus dem Zwecke des Zivilprozesses ergibt, daß aber für den Strafprozeß diese Ueberlegung nicht zutrifft. Im Gegenteil: wenn man einzig von der Tatsache ausginge, daß der Strafprozeß der Verwirklichung des materiellen Strafrechts dient, also der Verwirklichung von Normen, die, weil sie gerecht sein wollen, absolute Geltung beanspruchen, so ließe sich die Folgerung nicht von der Hand weisen, daß die Rechtskraft des Strafurteils abzulehnen sei. Die Gerechtigkeit verlangt, daß ein fehlerhaftes Urteil jederzeit durch ein fehlerfreies ersetzt werden könne. «Die Abänderlichkeit einer Entscheidung ist die natürliche Folge der Anwendung zwingenden Rechtes, das öffentliche Interessen wahrnimmt und von Amtes wegen anzuwenden ist. Die Rechtskraft dagegen ist die natürliche Folge der Anwendung privaten Rechts, das nicht von Amtes wegen anzuwenden ist [22].

§ 6. *Ist im Interesse der Gerechtigkeit die Ablehnung der Rechtskraft des Strafurteils geboten?*

I. Die Folgen einer Ablehnung.

Obgleich auf Grund unserer Untersuchungen hervorgeht, daß die Rechtskraft des Strafurteils durch den Zweck des Strafprozesses nicht gefordert wird, daß sie im Gegenteil einer gerechten Verwirklichung des materiellen Rechts im Wege stehen kann, bedeutet dies noch nicht, daß wir ihr jegliche Berechtigung absprechen und sie für das Strafverfahren ablehnen müssen. Gibt es denn nicht auch im Verwaltungsrecht Verfügungen, die die gleiche Wirkung äußern wie ein rechtskräftiges Urteil und unabänderlich sind, auch wenn sie mit der Gerechtigkeit nicht unbedingt im Einklange stehen? Denken wir z. B. an die Naturalisation. Von diesen Verfügungen sagt Burckhardt [1]: «Nicht weil es dem Zwecke der Anordnung zuwider wäre, neuerdings in Frage gestellt zu werden, soll sie unwiderruflich bleiben, sondern weil durch die nachträgliche Wiederaufhebung andere, inzwischen begründete Interessen verletzt würden, die ebenso schutzwürdig sind wie die von der Anordnung verkannten. Ob ein Verwaltungsakt abänderlich ist oder nicht, ergibt

[22] Burckhardt, Organisation S. 64.
[1] Burckhardt, Organisation S. 63.

sich nicht aus seiner formellen Natur, sondern aus dem Gewicht der sich gerade gegenüberstehenden Interessen.»

Diese Erkenntnis soll auch uns als Wegweiser dienen. Unsere Aufgabe wird es sein, zu ergründen, ob durch die Ablehnung der Rechtskraft des Strafurteils Interessen gefährdet oder verletzt werden, und ob diese besondern Interessen auch gegenüber dem allgemeinen Interesse an der Gerechtigkeit geschützt zu werden verdienen.

Zunächst mag man sich allerdings fragen, ob es überhaupt ein Interesse geben kann, das auch dann aufrechterhalten werden darf, wenn es gegen die Gerechtigkeit verstößt. Als Verfasser, die diese Frage glattweg verneinen, haben wir u. a. Zorn und v. Dach kennen gelernt [2]. Desgleichen scheint Heinze [3] diese Ansicht zu teilen. Er gibt zwar zu, daß auch unter der Herrschaft des Offizialprinzipes gewichtige Momente für das «Ne bis in idem» sprechen. «Allein», fährt er fort, «sie erheben sich nie zur Höhe einer kategorischen Forderung; sie können überall durch höhere und gewichtigere Rücksichten überboten werden.»

Obgleich auch wir die Gerechtigkeit unbedingt als einen herrschenden Grundsatz der Rechtspflege anerkennen, indem wir in ihr ein Prinzip sehen, das das ganze Rechtsgebiet [4] durchdringt, wollen wir uns nicht davon abhalten lassen, die Interessen kennen zu lernen, die durch die Rechtskraft des Strafurteils geschützt werden sollen.

In der Hauptsache sind uns diese Interessen schon begegnet, als wir von den 3 Haupttheorien sprachen, womit die Rechtskraft in der Literatur zu begründen versucht wird.

In erster Linie ist es die Rechtssicherheit, die durch die Ablehnung der Rechtskraft gefährdet würde. Rechtssicherheit ist die Ordnung und Stetigkeit im rechtlich-staatlichen Leben [5]. Will man nun dem Strafurteil die Rechtskraft absprechen, so ist wohl mit dem Urteil dieser Prozeß zu Ende; der frühere Angeschuldigte, ob freigesprochen oder verurteilt, ob schuldig oder unschuldig, müßte jedoch jederzeit damit rechnen, daß das Verfahren von neuem beginnen kann. Und wenn diese Fälle sich auch nicht häufig wiederholen würden, so würde sich der denkende Bürger dennoch sagen, daß diese Unannehmlichkeiten auch ihm einmal begegnen könnten. Denn auch der Unschuldigste kann als Angeschuldigter in einen Strafprozeß verwickelt werden. Die Bevölkerung verlöre jede Achtung vor Gerichten, die sich nicht einmal zutrauen, ein unabänderliches und unwiderrufliches Urteil zu fällen aus Angst, daß es unrichtig sein könnte. Worin bestände denn die Ordnung und Stetig-

[2] Vgl. § 5. III.
[3] In GA. 24.284.
[4] Ortloff, S. 32.
[5] Sauer. Rechtspihlosophie, S. 416.

keit im staatlichen Leben, wenn Strafurteile, die ja über den Eingriff in die wichtigsten Rechtsgüter des Angeschuldigten entscheiden, nicht endgültig sind? Und wer bietet denn Sicherheit dafür, daß das zweite oder dritte Urteil gerechter sein wird als das erste? Hat nicht schon Binding gesagt [6], daß die Urteile unsicherer werden im Quadrat der zeitlichen Entfernung zwischen Tat und Urteil?

Wann sollten überhaupt die Strafurteile vollstreckt werden können? Man wird doch einen Verurteilten nicht einsperren und ihm noch weniger das Leben nehmen dürfen, wenn damit gerechnet werden muß, daß vielleicht schon einige Monate später das Urteil anders lauten wird. Ein Strafurteil, das nicht endgültig ist, kann und darf nicht vollstreckt werden [7], weil dadurch Schaden entstehen könnte, der nicht wiedergutzumachen ist. Ein Strafurteil aber, das nicht vollstreckt werden kann, ist sinnlos.

Das Volk wird nur dann das Gefühl von Rechtssicherheit haben, wenn der Täter möglichst rasch ausfindig gemacht und endgültig abgeurteilt wird, und wenn die erkannte Strafe an ihm vollzogen wird. Die Rechtssicherheit verlangt, daß diese 3 Forderungen in jedem Einzelfall erfüllt werden. Allein, dies ist nur möglich, wenn das Strafurteil unabänderlich und unwiderruflich, also rechtskräftig ist.

Inwiefern neben dem Interesse an der Rechtssicherheit auch reine Billigkeitsgründe zugunsten des Angeschuldigten oder andere staatspolitische Erwägungen (z.B. ökonomischer Art) für die Beibehaltung der Rechtskraft strafgerichtlicher Urteile eine Rolle spielen, möge dahingestellt bleiben. Sicher ist jedenfalls, daß sie die Forderung nach der Rechtskraft von Strafurteilen unterstreichen, wenn sie auch neben der Rechtssicherheit von untergeordneter Bedeutung sind.

II. Die Rechtssicherheit setzt die Rechtskraft voraus, die Gerechtigkeit fordert deren Ablehnung.

Unsere Untersuchungen haben uns mitten in einen Interessenkonflikt hineingeführt. Soll in einem Staate Rechtssicherheit herrschen, so muß die Rechtskraft des Strafurteils anerkannt werden. Diese jedoch kann zu Ergebnissen führen, die der Gerechtigkeit widersprechen. Der Konflikt läßt sich nicht durch logische Konstruktionen lösen. Ob das Rechtskraftsinstitut für Strafurteile anerkannt werden soll oder nicht, ist eine Wertfrage. Es handelt sich nämlich um die Frage, welches Interesse höher zu werten sei, das-

[6] Abh. II. 298.

[7] v. Kries, GA. 26.169, meint, man könnte in diesen Fällen höchstens noch von «vorläufig vollstreckbaren Urteilen» sprechen. Worin aber eine vorläufige Vollstreckung bestehen soll, das sich auszumalen wird dem Leser überlassen!

jenige an der Rechtssicherheit oder das an der Gerechtigkeit. Das mindere Interesse wird alsdann dem höhern zu weichen haben [8].

Unter der Gerechtigkeit verstehen wir die Behandlung menschlicher Wertstrebungen gemäß ihrem Werte für die Gemeinschaft [9]. Es handelt sich um einen gefühlsmäßig empfundenen Maßstab. Die Gerechtigkeit entspringt dem Gewissen des aufrichtigen, rechtwollenden einzelnen [10]. Dagegen bedeutet die Rechtssicherheit, wie schon erwähnt, Ordnung und Stetigkeit im staatlichen Leben, insbesondere Stetigkeit des Urteils und Einheitlichkeit in der Behandlung gleichwertiger Sachen [11].

Wenn wir nun die Frage zu beantworten haben, welches von beiden Interessen als das höhere zu bewerten sei, das an der Gerechtigkeit oder das an der Rechtssicherheit, — eine Frage die nur dann von Bedeutung ist, wenn die beiden sich gegenseitig ausschließen, — dann müssen wir vom Standpunkt der Allgemeinheit, der staatlichen Gemeinschaft, ausgehen und nicht etwa von demjenigen des einzelnen. Denn das Recht wird nicht für den einzelnen geschaffen, sondern für die Gemeinschaft, indem es ein geordnetes Zusammenleben ermöglichen will. In diesem Fall aber besitzt den Vorrang unbedingt die Rechtssicherheit. An ihr ist der gesamte Staat interessiert, an einer gerechten Entscheidung meist nur ein einzelner. Sauer [12] bezeichnet die Rechtssicherheit als generelle Gerechtigkeit, die der individuellen Gerechtigkeit vorgehe. «Sie ist eine der wichtigsten Grundlagen eines jeden Staatswesens.» Baumbach [13] erkennt in ihr das höchste Gut der Rechtsordnung. «Eher wird ein sachliches Urteil verschmerzt als eine Rechtsanwendung, die wegen ihrer Unberechenbarkeit als Willkür empfunden wird.»

III. Lösung des Konfliktes im Strafprozeß.

Wenn wir den Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit grundsätzlich zugunsten der letztern entschieden haben, so ist auch diese Regel nicht ohne Ausnahmen. In der Tat lassen sich Fälle denken, wo eine ungerechte Entscheidung die Bevölkerung, die bekanntlich gewisse Prozesse mit einer geradezu wilden Leidenschaft verfolgt, dermaßen vor den Kopf stoßen könnte, daß das Interesse an der Rechtssicherheit daneben vollständig in den Hintergrund treten würde. Unter solchen Umständen darf natürlich die Rechtskraft einer Abänderung der Entscheidung kein Hindernis in den Weg legen. Dies wird einmal dadurch erreicht, daß der Umfang

[8] Burckhardt: Methode S. 263.
[9] Sauer, Rechtsphilosophie, S. 416.
[10] Burckhardt, Organisation 252/3.
[11] Sauer, Rechtsphilosophie, S. 416 und 423.
[12] Rechtsphilosophie, S. 423.
[13] Zit. in Sauer, Rechtsphilosophie, S. 423.

der Rechtskraft vernünftig abgegrenzt wird [14], und, wenn man auch damit nicht zum Ziele gelangt, daß gegen das rechtskräftige Urteil ein außerordentliches Rechtsmittel gegeben wird, wovon wir noch sprechen werden.

Von diesen Ausnahmen abgesehen, glauben wir im Strafrecht umso eher der Rechtssicherheit den Vorrang geben zu können, als die Gefahr einer Ungerechtigkeit wesentlich kleiner ist als umgekehrt die Gefahr der Rechtsunsicherheit, wollte man der Gerechtigkeit zum unbedingten Siege verhelfen. Unser Postulat, daß Rechtssicherheit der Gerechtigkeit vorzuziehen sei, soll keineswegs bedeuten, daß jene unter allen Umständen Ungerechtigkeiten mit sich bringt. Im Gegenteil: die Fälle, wo Rechtssicherheit und Gerechtigkeit einander ausschließen, sind nicht häufig. Ueberhaupt sollen sich Wissenschaft und Rechtsprechung nicht auf die Frage beschränken: Gerechtigkeit *oder* Rechtssicherheit? Vielmehr sollen sie darüber eine Antwort zu geben versuchen, wie sich Gerechtigkeit *und* Rechtssicherheit zusammen verwirklichen lassen.

Die Gegner der Rechtskraft werfen dieser vor, sie hindere die Verwirklichung der Gerechtigkeit. Gewiß, aber nur in den Fällen, wo die rechtskräftige Entscheidung selber ungerecht ist. Im Interesse der Gerechtigkeit ist es aber sicher besser, wenn der Entscheid von Anfang an als gerecht erlassen wird, möge er auch als unabänderlich erklärt werden, als wenn die Rechtskraft abgelehnt wird. Die Rechtskraft des Urteils wird der Gerechtigkeit nie abträglich sein, wenn das betreffende Urteil selber gerecht ist. Aufgabe des Staates ist es, dafür zu sorgen, daß als Richter zuverlässige Personen ernannt werden, die eine geeignete Bildung genossen haben [15]. Ferner müssen Gerichts- und Untersuchungsbehörden mit der erforderlichen Macht und den nötigen Mitteln versehen werden, die es ihnen erlauben, den Täter ausfindig zu machen und die Tat bis in ihre letzten Einzelheiten möglichst genau zu erforschen.

Indessen wollen wir uns nichts vormachen! Trotz der vollendetsten staatlichen Organisation, trotz der modernsten Errungenschaften der Wissenschaft und Technik und trotz der besten Schulung der Richter und ihrer Hilfsorgane werden sich Justizirrtümer nie ganz beseitigen lassen. Sind diese verhältnismäßig geringfügig, dann schließen wir uns der Auffassung Sauers [16] an und sagen: «Selbst auf die Gefahr hin, einmal Unrecht zu bewirken oder zu erleiden, soll im Interesse des Ganzen ein Richterspruch wie ein Schicksalsschlag hingenommen werden.» Solche Justizirrtümer soll man nach der Ansicht des Schriftstellers klar erkennen, energisch

[14] Vgl. § 7.

[15] Damit im Zusammenhange stehen die Probleme: Einzelrichter oder Gerichtskollegium? Laienrichter oder Berufsrichter? Auf diese Probleme einzutreten, verbietet uns der Rahmen der Arbeit.

[16] Sauer, Rechtsphilosophie, S. 424.

bekämpfen und zu vermeiden suchen, nach außen aber möglichst verschweigen [17].

Nun können aber die Fehlurteile derart schwerwiegend sein, daß ein Festhalten an der Rechtskraft selbst die Rechtssicherheit erschüttern könnte [18]. In diesen Fällen muß das Rechtskraftsprinzip zugunsten der Gerechtigkeit durchbrochen werden. Dies geschieht mit Hilfe des Rechtsmittels der Wiederaufnahme (Vgl. IV).

Zusammenfassend lassen sich die bisherigen Ergebnisse in folgende Sätze kleiden: Grundsätzlich muß im Interesse der Rechtssicherheit der Strafprozeß an der Rechtskraft des Strafurteils festhalten. Dafür darf aber der Staat weder Mühe noch Kosten scheuen, um das Strafverfahren derart zu gestalten, daß die Zahl der Fehlurteile auf ein Minimum herabgesetzt wird. Je geringer die Zahl der unrichtigen Entscheide, desto seltener die Konflikte zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit. Der ideale Zustand wäre erreicht, wenn sich solche überhaupt vermeiden ließen. Psychologisch hat das Institut der Rechtskraft ebengerade das Gute, daß die Prozeßsubjekte ihrer Aufgabe mit geschärfter Aufmerksamkeit obliegen werden, wodurch sich ebenfalls eine gewisse Herabminderung der Fehlentscheidungen erreichen läßt. Am Prinzip, daß der Staat die Gerechtigkeit verwirklichen soll, läßt sich nicht rütteln. Doch soll er dieses Ziel dadurch zu erreichen suchen, daß er die nötigen Voraussetzungen schafft, damit die Entscheidungen seiner Organe von Anfang an möglichst gerecht sind. Dann wird auch niemand mehr die Rechtskraft als gegen die Gerechtigkeit verstoßend betrachten können. Einen falschen Weg jedoch würde der Staat einschlagen, wollte er auf Kosten der Rechtssicherheit der Gerechtigkeit durch vollständige Ablehnung der Rechtskraft zum Durchbruch verhelfen.

IV. Die Wiederaufnahme des Verfahrens.

Wie fest wir auch davon überzeugt sind, daß durch geeignete Maßnahmen die Zahl der Fehlurteile auf ein Minimum herabgesetzt werden kann, dessen sind wir uns doch vollkommen bewußt, daß sich Justizirrtümer nie ganz aus der Welt schaffen lassen werden. Sind diese zudem so geartet, daß die Ungerechtigkeit schreiend und für jedermann offenbar ist, dann müssen sie in einem neuen Verfahren wieder gut gemacht werden können. Die Aufrechterhal-

17 Sauer, Rechtsphilosophie, S. 432.

18 Ein derartiger Fall läge vor, wenn A, der nächtlicherweise den B erschossen hat, wegen Nachtlärms verurteilt würde, und dieses Urteil eine neue Verfolgung wegen Mordes verhindern sollte. Wird dagegen C wegen Diebstahls an 100 Franken schuldig erklärt, obwohl er in Wirklichkeit 150 Franken gestohlen hat, soll die Rechtskraft des Urteils eine zweite Verfolgung verhindern. In diesem Fall ist nämlich das Interesse an der Rechtssicherheit größer als dasjenige an der Gerechtigkeit.

tung einer solchen Entscheidung hätte mit Rechtssicherheit nichts mehr gemein.

Wir haben schon erwähnt, daß in gewissen Fällen eine vernünftige Abgrenzung der Rechtskraft oder, was gleichbedeutend ist, eine freie Auslegung des Satzes «ne bis in idem» Abhilfe schaffen können, indem sie ein zweites Verfahren und ein neues Urteil ermöglichen. Denn das Verbot eines neuen Verfahrens bezieht sich nur auf die Teile des Prozeßgegenstandes, die von der Rechtskraft des Urteiles erfaßt werden. Darüber wird im nächsten Paragraphen zu sprechen sein. In vielen Fällen jedoch wird auch dieses Vorgehen nicht zu einem befriedigenden Resultat führen. Hier kann nur noch die eigentliche Durchbrechung des Rechtskraftsprinzipes helfen. Ermöglicht wird diese Durchbrechung durch das außerordentliche Rechtsmittel der Wiederaufnahme, die, sofern sie begründet erscheint, zur Aufhebung des rechtskräftigen Urteils führt [19]. Damit steht einer neuen Beurteilung des Falles nichts mehr im Wege.

Die Wiederaufnahme bedeutet eine Leugnung der unbedingten und ausschließlichen Herrschaft der Rechtskraft [20]. Ihre Entstehung und Anerkennung verdankt sie dem Konflikt zwischen dem Prinzip der Rechtskraft und dem der materiellen Wahrheit [21], das die Grundbedingung zur Verwirklichung der Gerechtigkeit darstellt. Mit Recht bemerkt v. Kries [22], daß eine allgemeine Zulassung dieses Rechtsmittels praktisch die Beseitigung des Rechtskraftsprinzipes bedeutete. Deshalb ist es paradox, wenn man wie Binding [23] einerseits am Institut der Rechtskraft festhalten will, andrerseits aber auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel eine *allgemeine* Zulassung der Wiederaufnahme fordert, die zudem noch «obligatorisch erklärt» werden sollte.

Wollen wir am Prinzip der Rechtskraft festhalten — und dafür glauben wir genügend Gründe angeführt zu haben — dann dürfen wir in der Wiederaufnahme nur einen äußersten Notbehelf erblicken. Sie soll die Ausnahme bleiben, die das Rechtskraftsprinzip als Regel bestätigt. Sache des Gesetzgebers ist es, die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme zu bestimmen. Zugegeben, es handelt sich um eine äußerst heikle Aufgabe, die an das Rechtsgefühl des Gesetzgebers große Anforderungen stellt. Einmal mehr zeigt es sich, wie schwierig es ist, zwischen zwei widerstreitenden Interessen wie denjenigen an der Rechtssicherheit und an der Gerechtigkeit einen gangbaren Weg aufzufinden.

Sollte jedoch eine aufsehenerregende Ungerechtigkeit auch auf dem Wege der Wiederaufnahme nicht zu beheben sein, was infolge

19 Vgl. darüber die Ausführungen in Andres S. 82 ff.
20 Glaser II. S. 44 f.
21 Andres. S. 7.
22 GA. 26.169.
23 Abh. II. 339.

der Einschränkung der Wiederaufnahmegründe wohl denkbar ist, so bleibt nur noch der Weg der Begnadigung offen.

§ 7. Umfang der Rechtskraft des Strafurteils.

I. Allgemeines.

Ueber den Umfang der Rechtskraft des Strafurteils enthalten die Prozeßordnungen, soviel wir gesehen haben, keine Anhaltspunkte, wie sie denn überhaupt den Begriff der Rechtskraft kaum erwähnen. Der Wissenschaft obliegt es auch hier, der Rechtsprechung den nötigen Aufschluß zu geben.

Vorerst sei davor gewarnt, den zivilprozessualen Begriff der Rechtskraft auf das Strafrecht übertragen zu wollen. Tief wie der Unterschied zwischen Straf- und Zivilurteil ist auch der Unterschied ihrer Rechtskraftswirkungen [1]. Die Lehre der kriminellen Rechtskraft muß deshalb auf eigene Füße gestellt werden.

Die Rechtskraft des Strafurteils erfüllt nicht die gleichen Funktionen wie die des Zivilurteils. Sie ergibt sich nicht, wie diese, aus dem Zweck des Prozesses. Der Strafprozeß geht nicht, wie der Zivilprozeß, auf die Fällung eines unabänderlichen Urteils, womit eine Streitigkeit zwischen 2 Parteien beseitigt wird, sondern er will einen Befehl des Gesetzes vollziehen. Daß dem Strafurteil dennoch Rechtskraft zukommt, ist, um mit Burckhardt [2] zu sprechen, eine «mit Rücksicht auf die damit verknüpften besondern Verhältnisse getroffene Modalität» [3]. Deshalb warnt auch Burckhardt davor, das Rechtskraftsprinzip, das doch ein Charakteristikum des Verfahrens zur Anwendung privaten Rechtes sei, im öffentlichen Recht bedingungslos aufzunehmen und streng folgerichtig durchzuführen [4].

II. Notwendigkeit der Abgrenzung der Rechtskraft.

Grundsätzlich haben wir uns als Anhänger des Rechtskraftsprinzipes bekannt, ohne jedoch zu verkennen, daß dieses Resultate schützen kann, die mit der materiellen Wahrheit und Gerechtigkeit in auffälligem Widerspruch stehen. Als äußersten Notbehelf, der

1 Binding, Abh. II. 307.
2 Organisation, S. 67.
3 Lippmann, S. 414 äußert eine ähnliche Ansicht mit den Worten: «Der Strafprozeß darf nicht müde werden, nach der Wahrheit zu forschen, und die Rechtskraft des Urteils in diesem hat daher im wesentlichen eine andere Bedeutung als die im Zivilprozeß. Im Strafprozeß hört die Sorge niemals auf. Es soll objektive Wahrheit ermittelt werden.»
4 Burckhardt, Methode S. 206.

Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen, haben wir die Wiederaufnahme kennengelernt. Diese jedoch soll die Ausnahme bleiben. Weit besser ist es nämlich, wenn wir durch eine geeignete Abgrenzung der Rechtskraft Ungerechtigkeiten zu verhüten suchen. Daß dies möglich ist, geht aus der Ueberlegung hervor, daß eine neue Verfolgung und Aburteilung eines Deliktes nur hinsichtlich derjenigen Seiten der Tat ausgeschlossen ist, auf welche sich die Rechtskraft bezieht. Denn diese ist es ja, die einem zweiten Verfahren entgegensteht. Mit andern Worten: Die Verfolgung einer Handlung ist unstatthaft, sofern diese identisch ist mit einer bereits rechtskräftig abgeurteilten Tat. Wir ersehen daraus, daß das ganze Problem mit der Frage der Identität der Tat, der «eadem res», zusammenhängt. Wir werden es deshalb erst im 4. Kapitel unserer Abhandlung eingehend erörtern. Vorläufig liegt uns nur daran, auf die Bedeutung hinzuweisen, die einer vernünftigen Umgrenzung der Rechtskraft beigemessen werden muß. Besser als Worte es vermögen, werden 3 Beispiele uns dies vor Augen führen:

1. A wird der Unterschlagung beschuldigt, in der Folge jedoch von dieser Anschuldigung freigesprochen. Nachträglich erkennt man, daß die betr. Handlung von A den Tatbestand des Betruges erfüllt. Es erhebt sich nun die Frage: Ist durch das Urteil die Tat des A, so wie sie sich in der Wirklichkeit abgespielt hat, rechtskräftig beurteilt, oder ist sie es nur, soweit sie vom Gericht als Unterschlagung gewürdigt wurde? Im ersten Fall hindert die Rechtskraft eine neue Beurteilung der Handlung überhaupt, im 2. Fall nur die erneute Beurteilung als Unterschlagung, wogegen A ohne weiteres wegen Betrugs ein 2. Mal verfolgt werden kann.
2. B [5] sei wegen unbefugten Schießens rechtskräftig zu einer Buße von 10 Franken verurteilt worden. Hernach stellt sich heraus, daß durch den Schuß eine Person getötet worden ist. Es handelt sich also um Idealkonkurrenz zwischen dem Delikt des unbefugten Schießens und dem der fahrlässigen Tötung (evt. Totschlag oder Mord). Soll sich nun die Rechtskraft des Urteils, das die geringere Tat erledigt hat, auf die ganze Handlung, wie wie sie sich tatsächlich abgespielt hat, erstrecken, wodurch eine Verfolgung des schwereren Deliktes unmöglich wird, oder soll sich die Rechtskraft nur auf die Tat als unbefugtes Schießen beschränken?
3. C begeht während einem bestimmten Zeitabschnitt fortgesetzt Betrügereien. Angeklagt und verurteilt wird er wegen eines einzelnen Falles. Erst später wird es dem Gericht offenbar, daß es sich um ein fortgesetztes Delikt handelte, das per definitionem aus mehreren eigentlich selbständig strafbaren Einzelhandlun-

[5] Beispiel aus Bennecke-Beling, S. 413.

gen besteht, welche mit Rücksicht auf ihre Beziehungen zueinander rechtlich als einheitliche Tat behandelt werden. Soll nun die Rechtskraft das fortgesetzte Delikt in seiner Gesamtheit erfassen? Eine Verfolgung der übrigen Einzelhandlungen, die dem Gericht vorher vielleicht noch gar nicht bekannt waren, würde dadurch vereitelt. Oder soll sich die Rechtskraft nur auf diejenigen Teile des fortgesetzten Deliktes beziehen, die vor Gericht tatsächlich erörtert wurden? Dadurch verlöre der Begriff des fortgesetzten Deliktes als einheitliche Tat jegliche Daseinsberechtigung, befürchtet Binding [6].

Auch hier Interessenkonflikt über Interessenkonflikt! Dehnt man die Rechtskraft über Gebühr aus, so besteht die Gefahr, daß Ungerechtigkeiten sondergleichen nicht wieder gutgemacht werden können. Man erinnere sich nur des Mörders, der mit einer Buße von 10 Franken endgültig wegkommt!

Wird dagegen die Rechtskraft allzu eng begrenzt, so vermag sie die Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit, worin eben gerade ihr Hauptzweck besteht, nicht mehr zu gewährleisten.

Wir werden auch hier eine Lösung zu finden suchen, die einerseits dafür bürgt, daß die Rechtssicherheit unangetastet bleibt, die andrerseits aber auch die Gerechtigkeit möglichst uneingeschränkt zu Ehren kommen läßt [7].

Eines steht jetzt schon fest: Eine Lösung, die in offenbarem Widerspruch zum materiellen Strafrecht steht, ist zu verwerfen. Das Strafprozeßrecht ist nicht eine vom materiellen Strafrecht unabhängige Materie [8]. Es dient der Verwirklichung des materiellen Strafrechtes, hat sich ihm anzupassen und unterzuordnen. Seine Stellung als «dienendes Recht» gestattet ihm grundsätzlich nicht, eine dem materiellen Recht offenbar widersprechende Lösung zu finden. Davon müssen wir jedoch im Interesse der Rechtssicherheit in gewissen geringfügigen Fällen eine Ausnahme machen.

[6] Abh. II. S. 339.
[7] Vgl. das 4. Kapitel.
[8] Vgl. die Ausführungen v. Dachs, S. 35 ff.

3. Kapitel.

DIE VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE ANWENDUNG DES «NE BIS IN IDEM».

Zur Anwendung gelangt unser Rechtsgrundsatz erst dann, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind, Voraussetzungen, die sich auf zwei verschiedene Elemente beziehen. Formell bedingt das «Ne bis in idem», daß eine «konsumierende» Entscheidung überhaupt vorliegt, materiell, daß es sich um dieselbe Sache handelt (subjektive und objektive Identität). Wir werden uns deshalb mit folgenden Fragen näher zu beschäftigen haben:

1. Welchen strafrechtlichen Entscheidungen kommt materielle Rechtskraft und demnach klagekonsumierende Wirkung zu?
2. Wann liegt Identität der beteiligten Rechtssubjekte vor?
3. Wie muß die Handlung objektiv beschaffen sein, um mit einer bereits abgeurteilten als identisch zu gelten? Inwieweit wird eine Handlung durch die Entscheidung rechtskräftig abgeurteilt?

A. DIE KONSUMIERENDE ENTSCHEIDUNG (FORMELLE VORAUSSETZUNG).

§ 8. Das Urteil.

Grundsätzlich darf behauptet werden, daß das «Ne bis in idem» als Folge jedes rechtskräftigen Strafurteils eintritt, das durch ein inländisches Strafgericht gefällt, und wodurch materiell über den staatlichen Strafanspruch entschieden wird.

I. Strafgerichtliche Urteile.

Als Urteile, die infolge ihrer materiellen Rechtskraft die Strafklage verbrauchen und das «Ne bis in idem» begründen, können nur solche angesprochen werden, die von den verfassungsmäßigen Strafgerichten gefällt werden. In dieser Beziehung schreibt die Bundesverfassung in Art. 58 vor:

> «Niemand darf seinem verfassungsmäßigen Richter entzogen, und es dürfen daher keine Ausnahmegerichte eingeführt werden. Die geistliche Gerichtsbarkeit ist abgeschafft.»

Diese Verfassungsbestimmung bezieht sich ebensogut auf die Straf- wie auf die Zivilgerichtsbarkeit [1]. Demnach könnte ein Urteil, das von einem in der Verfassung nicht vorgesehenen Gerichte ausgesprochen wurde, mit der staatsrechtlichen Beschwerde angefochten werden, vorausgesetzt, daß auch die übrigen Voraussetzungen des Art. 178 OG zutreffen. Aber nicht genug damit: Wie die Entscheidung eines nach Art. 32 StrV. unfähigen Richters als «Nichturteil» unbeachtlich ist [2], so darf auch die eines verfassungswidrigen Gerichtes nicht als Urteil qualifiziert und mit dessen Rechtskraftswirkungen ausgestattet werden. Da unsere Verfassung Ausnahmegerichte verbietet, können deren Entscheidungen Rechtswirkungen überhaupt nicht äußern. Insbesondere vermögen sie auch ein Verbot erneuter Strafverfolgung nicht zu begründen.

Mit den Ausnahmegerichten nicht zu verwechseln sind die Sondergerichte, welche durch Singularrechte für ganze Klassen von Personen oder Sachen aufgestellt sind [3]. In diesem Zusammenhang interessieren uns nur die Militärgerichte, deren Urteilen im gleichen Umfang wie denen der ordentlichen Strafgerichte Rechtskraft und konsumierende Wirkung zugestanden werden muß [4]. Der von einem Militärgericht rechtskräftig Abgeurteilte kann, auch wenn er nachträglich unter die bürgerliche Strafgerichtsbarkeit gelangt, nicht von neuem verfolgt werden.

Des weitern vermögen den Verbrauch der Strafklage nur diejenigen Entscheidungen zu bewirken, welche die «kriminelle Strafbarkeit» einer Tat zum Gegenstande haben [5]. Das bedeutet, daß die Wirkungen der Rechtskraft einem Urteil nur insoweit zukommen, als darin über den staatlichen Strafanspruch entschieden wird. Hat die Entscheidung einen qualitativ verschiedenen Anspruch zum Gegenstande, so treten die Wirkungen der strafprozessualen Rechtskraft nicht ein. Ist z. B. eine Tat unter dem Gesichtspunkte des Disziplinarstrafrechts verfolgt und bestraft worden, so steht nichts im Wege, daß die Frage der kriminellen Strafbarkeit derselben Handlung gleichzeitig oder später im ordentlichen Strafverfahren erörtert wird. Denn es handelt sich hierbei um die Verfolgung eines materiell verschiedenen Anspruchs. Während die eigentlichen Strafnormen der Verwirklichung gewisser zwingender, im öffentlichen Interesse aufgestellter und grundsätzlich allgemein geltender Sätze dienen, bezwecken die Disziplinarstrafen die Aufrechterhaltung der besondern Ordnung in einem verhältnismäßig kleinen, vom Staate

---

1 Vgl. u. a. BGE 18.441. Denselben Grundsatz enthält die bernische Staatsverfassung in Art. 49.
2 Waiblinger zu StrV. 4.
3 Schneider, Rechtsbuch der Schweiz, S. 34. N. 2 zu BV. 58.
4 Waiblinger zu StrV. 4. Beling S. 115. Bennecke-Beling S. 408 ff. Glaser II. S. 68.
5 Zitzlaff S. 210.

verschiedenen Lebenskreise. Der Strafanspruch kommt dem Staate, der Anspruch auf Disziplinarstrafe dagegen dem besondern Kreise zu. Infolge dieser Verschiedenheit schließen sich die beiden Ansprüche gegenseitig nicht aus. Die Verfolgung des einen ist unabhängig von der des andern möglich. Daß dieser Tatsache nicht nur theoretische, sondern auch praktische Bedeutung zukommt, möge aus einigen Anwendungsfällen hervorgehen:

1. Das Armenpolizeigesetz nennt in den Art. 1—6 eine Anzahl Disziplinarvergehen, deren Ahndung es der Ortspolizeibehörde, in gewissen Fällen auch den Anstaltsvorstehern und dem Polizeirichter überträgt (Art. 11—13). Ausdrücklich wird in Art. 8 Abs. 5 hervorgehoben, daß die Strafen bloß disziplinarischen Charakter haben. Selbstverständlich hindert die Entscheidung der Disziplinarbehörde eine spätere strafrechtliche Verfolgung derselben Handlung in keiner Weise. Immerhin wird die Disziplinarbehörde angewiesen, die Akten dem Regierungsstatthalter zur Ueberweisung an den Richter zuzustellen, falls sich im Laufe des Verfahrens herausstellen sollte, daß eine eigentliche strafbare Handlung vorliegt.
2. Art. 47 Abs. 2 und 3 StrV. bestimmt: «Die Verletzung der dem Richter geschuldeten Achtung, Beleidigung des Gegners oder dritter Personen oder sonstige Ungebührlichkeiten . . . anläßlich einer Gerichtsverhandlung oder im schriftlichen Verkehr mit einer Gerichtsbehörde, können vom Richter mit Verweis oder Geldbuße bis auf Fr. 100.— oder Gefangenschaft bis zu 48 Std. als *Ordnungsstrafe* geahndet werden [6]. Die strafrechtliche Verfolgung bleibt vorbehalten . . .»
3. Gemäß Art. 142 StrV. kann der Zeuge, der unberechtigterweise die Aussage verweigert, nach fruchtloser Verwarnung vorläufig in Haft gesetzt werden, die bis auf dreimal 24 Stunden erstreckt wird, wenn die Aussage nicht vorher erfolgt. Beharrt der Zeuge länger als 3 Tage schuldhaft auf seiner Weigerung, so ist er erst noch durch Strafurteil zu Gefängnis oder Buße zu verurteilen. So stehen wir denn vor der eigenartigen Tatsache, daß eine Ordnungsstrafe als prozessuale Voraussetzung der eigentlichen Bestrafung zu betrachten ist.
4. Die Abberufung der kantonalen Beamten kann durch Strafurteil erfolgen. Das bernische Strafgesetz spricht in diesem Falle von Absetzung [7]. Unter Abberufung im eigentlichen Sinne aber versteht man eine selbständige, nicht als Strafe zu betrachtende Verwaltungsverfügung, einen Ausfluß der Disziplinargewalt des

---

[6] Vgl. den analogen Art. 25 BStr.R.Pfl.

[7] Vgl. StrGB. Art. 20 und 84; ferner Art. 3 des Gesetzes über die Abberufung der Beamten, vom 20. Februar 1851, wonach jede Verurteilung zu Zuchthaus für den betr. Beamten ohne weiteres die Absetzung nach sich zieht.

Staates über seine Beamten [8]. Dem widerspricht nicht, daß diese Maßnahme durch das Obergericht getroffen wird [9]. Daß die Abberufung als Verwaltungsverfügung eine nachträgliche strafrechtliche Untersuchung der Tatsachen, die sie veranlaßt haben, nicht hindert, bedarf keiner besondern Erörterung. Dagegen begründet das Urteil, wodurch die Absetzung strafrechtlich ausgesprochen wird, das «Ne bis in idem».

5. Entsprechendes gilt für alle Maßnahmen, die sowohl als Administrativverfügungen von Verwaltungsbehörden getroffen, als auch durch das Strafgericht als Strafen verhängt werden können. Beispiele dafür sind die Landesverweisung [10] und das Wirtshausverbot [11].
   Nicht zu dieser Kategorie von Verfügungen zu zählen sind die Bußenverfügungen der Gemeinde und die Strafankündigungen gewisser Verwaltungszweige. (Vgl. § 10.)

II. Urteile in der Hauptsache.

Die materielle Rechtskraft als eine über den Prozeß hinaus wirkende Eigenschaft des Urteils kann nur solchen Entscheidungen zukommen, die den Prozeß zum Abschluß bringen. Nach Art. 256 Str.V. kann das Hauptverfahren durch 3 verschiedene Entscheidungen beendet werden: Das Urteil lautet auf Freisprechung oder Verurteilung und bei mangelnden Voraussetzungen der Strafverfolgung darauf, daß dem Verfahren keine weitere Folge gegeben wird.

Unbestritten ist, daß die volle materielle Rechtskraft nur solchen Urteilen zukommt, die über den Strafanspruch als solchen entschieden haben [12]. Eine Entscheidung über den Strafanspruch enthalten in erster Linie die Freisprechung und die Verurteilung.

Es fragt sich nun, ob und inwieweit solche Urteile der Rechtskraft teilhaftig werden, wodurch erkannt wird, daß dem Verfahren keine weitere Folge gegeben werden solle. Diesen Entscheidungen

8 Vgl. Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten, vom 19. Mai 1851, Art. 10—29.

9 Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden, vom 31. Jan. 1909, Art. 7 und 107.

10 BSTrR Art. 5; StrGB Art. 17; Armenpolizeigesetz Art. 42; SStrGB Art. 55 (Landesverweisung als Strafe). Dagegen: Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, vom 26. März 1931, Art. 10—12, 15 und 20 (Ausweisung als Verwaltungsverfügung).

11 StrGB Art. 21; Armenpolizeigesetz Art. 41; SStGB Art. 56; dagegen Armenpolizeigesetz Art. 72.

12 Derselben Ansicht ist auch Waiblinger, wenn er verlangt, daß es sich um eine Entscheidung in der Sache handeln müsse, wodurch der staatliche Strafanspruch konsumiert werde. Wir haben aber dargelegt, daß das Urteil als solches im allgemeinen nicht den Strafanspruch konsumiert, sondern bloß das Strafklagerecht. Vgl. ferner Beling S. 267. Binding Abh. II. 320, BGE 24. 1.183 und StrV. Art. 4.

muß grundsätzlich eine endgültige sacherledigende Bedeutung abgesprochen werden. Sie vermögen den Berechtigten nicht seines Klagerechtes zu berauben, äußern infolgedessen auch keine allgemeine «Ne bis in idem» -Wirkung. Doch fordern dieselben Gründe, die zur Anerkennung der Rechtskraft überhaupt führten, daß solchen Urteilen wenigstens eine beschränkte Rechtskraftswirkung zuerkannt werde. Auch sie sollen eine gewisse Sperrwirkung ausüben, aber nur nach Maßgabe ihres Inhalts. Ihre Wirkungen können, je nach ihrem Inhalt, die verschiedenartigsten sein. Stellt sich in einem Verfahren wegen Mißhandlung nach StrGB Art. 139 ff heraus, daß diese eine Arbeitsunfähigkeit von höchstens 20 Tagen zur Folge hatte und infolgedessen nicht von Amtes wegen zu verfolgen ist, so hat das Gericht, wenn es am erforderlichen Strafantrag fehlt, zu erkennen, daß dem Verfahren keine weitere Folge gegeben werde. Die Sperrwirkungen dieses Urteils äußern sich darin, daß eine erneute Verfolgung dieses Deliktes ausgeschlossen ist, solange der Strafantrag nicht gestellt wird. Wird dieser aber nachträglich noch rechtzeitig gestellt, so steht der strafrechtlichen Verfolgung des Täters nichts mehr im Wege. Aehnliches gilt bei örtlicher Inkompetenz des Gerichtes: Das Verfahren kann immer noch vor dem zuständigen Gericht neu angehoben werden [13].

Anders verhält es sich jedoch, wenn die mangelnde Prozeßvoraussetzung darin zu suchen ist, daß das Delikt verjährt ist. Der Eintritt der Verjährung bedeutet in allen Fällen für das Verfahren ein unheilbares Hindernis. Da von Anfang an feststeht, daß sich dieser Mangel nicht beheben lassen wird, kommt dem darüber befindenden Entscheide volle Rechtskraft zu. Diese Tatsache ist umso eher zu rechtfertigen, als die Verjährung nicht nur eine negative Prozeßvoraussetzung darstellt, sondern materiell den Untergang des staatlichen Strafanspruches nach sich zieht. Aus diesem Grunde hat auch das deutsche Reichsgericht die Ansicht vertreten, daß ein auf Einstellung wegen eingetretener Verjährung lautendes Urteil res iudicata begründe [14]. Dasselbe muß aber auch gelten für das Urteil über ein Antragsdelikt, nachdem der Strafantrag zurückgezogen worden ist, oder wenn er wegen Ablaufs der Verwirkungsfrist nicht mehr gestellt werden kann. Art. 2 Abs. 6 StrV. bestimmt, daß der Strafantrag bis zum Schlusse der Verhandlung in oberer Instanz zurückgezogen werden kann, daß der Rückzug aber unwiderruflich sei. Kommt es zum Rückzug, so darf dem Verfahren keine weitere Folge gegeben werden, und da der Rückzug unwiderruflich ist, ist eine

[13] BGE 24.1.183. Vgl. auch ZbJV. 54.445.

[14] Zitzlaff. S. 210. A.M. Binding Abh. II. 311, der dem Einstellungsurteil jegliche Rechtskraftswirkung abspricht. Art. 4 StrV. spricht «Ne bis in idem»-Wirkung nur denjenigen Urteilen zu, die das Verfahren sachlich beendigen. Tod des Angeschuldigten und Verjährung dagegen bringen nach Art. 5 StrV. die öffentliche Klage überhaupt zum Erlöschen.

erneute Strafverfolgung endgültig ausgeschlossen. Auch hier gilt: Ne bis in idem [15].

Die Urteile, die das Verfahren mangels Strafantrags zum Abschluß bringen, haben zu einer Streitfrage Anlaß gegeben. Es handelt sich darum zu wissen, in welchem Umfange das Gericht, dem nach Beseitigung des Mangels dieselbe Sache neuerdings unterbreitet wird, das Recht der freien rechtlichen Beurteilung ausüben darf. Darüber äußerte das deutsche Reichsgericht die Meinung [16], daß die spätere Verfolgung derselben Tat unter dem Gesichtspunkte eines Nichtantragsdeliktes endgültig ausgeschlossen sei [17]. Zu diesem Ergebnis gelangte es aus der Ueberlegung, daß auch die negative Feststellung des Einstellungsurteils in Rechtskraft erwachse. Denn dadurch, daß das Gericht das Verfahren wegen Mangels am erforderlichen Antrag eingestellt habe, habe es zugleich stillschweigend erkannt, daß das betr. Verhalten des Angeschuldigten überhaupt kein Offizialdelikt enthalte.

Dieser Auffassung können wir uns nicht anschließen. Die Frage, ob ein gültiger Strafantrag vorliege, muß als Prozeßvoraussetzung untersucht und entschieden werden, bevor auf die Hauptsache eingetreten wird. Dabei braucht kaum erwähnt zu werden, daß sich schon bei dieser Gelegenheit der Richter fragen wird, ob überhaupt ein Antragsdelikt vorliege. Aber diese Frage wird er, da sie ja zur Hauptsache gehört, nur summarisch prüfen können und niemals in dem Umfange, wie es hernach bei der Untersuchung der Hauptsache der Fall sein wird. Das Einstellungsurteil wird aber sofort nach Prüfung der prozessualen Frage gefällt und spricht sich weder ausdrücklich noch stillschweigend definitiv über die materiellrechtliche Frage aus, ob die Tat tatsächlich ein Antragsdelikt sei, oder ob sie nicht von Amtes wegen verfolgt werden solle. Eine Entscheidung über den Strafanspruch ist nicht ergangen, und es kann daher die Rechtskraft hinsichtlich des materiellen Rechtsverhältnisses nicht eingetreten sein. Wird also der Strafantrag nachträglich in gültiger Weise gestellt, dann ist der Richter in der rechtlichen Beurteilung vollkommen frei.

III. Eintritt der Rechtskraft.

Da das «Ne bis in idem» eine Wirkung der Rechtskraft ist, kommt es nur den rechtskräftigen Urteilen zu. Rechtskräftig ist das Urteil, wenn es durch ein ordentliches Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden kann.

---

15 Beling, S. 219, Glaser II. S. 69 ff. Es handelt sich wohlverstanden nicht um das «Ne bis in idem» i. c. Sinn. Sind aus einem Delikt 2 Personen zum Antrag berechtigt, kann nach dem Rückzug des 1. Strafantrages der 2. immer noch gestellt werden.

16 Zitzlaff, S. 210.

17 Derselben Ansicht: Düwel, S. 52 und Bennecke-Beling S. 411.

Nach Art. 297 StrV. werden Endurteile der obern Instanz, gegen die kein ordentliches Rechtsmittel gegeben ist, mit der Eröffnung der Urteilsformel an die Parteien rechtskräftig. Endurteile der ersten Instanz dagegen erlangen Rechtskraft

1. mit dem unbenützten Ablauf der Rechtsmittelfristen;
2. mit dem Rückzug des Rechtsmittels;
3. mit dem Beschlusse über Nichteintreten auf das Rechtsmittel;
4. mit der Abweisung der Nichtigkeitsklage.

In allen diesen Fällen wird jedoch die Rechtskraft auf den Tag der Ausfällung des Urteils zurückbezogen.

Bei dieser Gelegenheit dürfte es vielleicht nicht überflüssig sein, zu untersuchen, auf welche Bestandteile der richterlichen Entscheidung die Rechtskraft sich erstreckt.

Bekanntlich weist ein jedes Urteil ein Dispositiv und eine Begründung, die Motive, auf. Daß sowohl das Dispositiv wie auch die Motive der formellen Rechtskraft fähig sind, wird wohl niemand bestreiten, werden doch beide Bestandteile der Entscheidung von einem bestimmten Zeitpunkte an unanfechtbar. Fraglich ist bloß, ob den Motiven auch materielle Rechtskraft zukommen könne, wodurch sie eine von der Entscheidung unabhängige und selbständige Wirkung über den Prozeß hinaus erlangen würden. Die Folge davon wäre, daß in jedem spätern Prozeß, in dem die gleiche Frage auftauchte, der Richter an die tatsächlichen Feststellungen und an die rechtliche Beurteilung der frühern Entscheidung gebunden wäre. Mit Recht wird eine derartige Bindungskraft der Entscheidungsgründe von der herrschenden Lehre für den Zivil- und Strafprozeß abgelehnt [18].

Tatsächlich wäre kein Mittel besser geeignet, die Rechtsprechung in Fesseln zu schlagen, als wenn man den Motiven materielle Rechtskraft zugestehen wollte. Jeder Richter hätte zu prüfen, ob nicht in einem früheren Verfahren dieselbe Frage Gegenstand der Entscheidung war, in welchem Falle er diese Entscheidung ohne die Möglichkeit eigener Prüfung seinem Ausspruch zugrunde zu legen hätte. Auch wenn sich die tatsächlichen Grundlagen oder die rechtliche Würdigung des früheren Urteils als falsch erwiesen, wäre einer Berichtigung des Irrtums für immer der Weg verlegt.

Die Motive sind nur Mittel zum Zweck [19]. Ihre ganze Bedeutung liegt in ihrer Beziehung zum Dispositiv. Wie den Motiven eines Gesetzes Gesetzeskraft nicht zukommt, so wohnt auch den Urteilsgründen keine rechtsverbindliche Kraft inne. Diese wie jene aber können als Mittel zur Auslegung des Dispositivs oder des Gesetzes Bedeutung erlangen.

---

[18] Glaser, Verbrauch der Strafklage, S. 323. Düwel S. 39 und die dort zit. Literatur; BGE 35.2.151.

[19] Vgl. darüber die ausführliche Darstellung in Barbarino S. 43—49.

IV. Wirkungen eines mit Mängeln behafteten Urteils.

Es handelt sich um die praktisch höchst bedeutende Frage, ob Urteile, die mit Mängeln behaftet sind, sei es, weil sie auf einem mangelhaften Verfahren beruhen, sei es, weil sie unvollständig oder nicht in der gesetzlichen Form ergangen sind, dennoch Rechtskraftswirkungen zu äußern vermögen und den Verbrauch des Strafklagerechtes nach sich ziehen. Hierbei haben wir die Entscheidungen nicht zu berücksichtigen, die formell zwar einwandfrei zustande gekommen sind, deren Inhalt jedoch ungerecht ist. Daß diese Urteile rechtskräftig werden, haben wir bereits in den §§ 6 und 7 dargelegt, wo wir zugleich untersucht haben, wie die Ungerechtigkeit sich beheben lassen kann [20]. In diesem Abschnitt wird ausschließlich von den formell fehlerhaften Entscheidungen die Rede sein.

Im Verlaufe eines Strafverfahrens können verschiedene Mängel verursacht werden. Einige davon heilen spätestens schon mit der Ausfällung des Urteils. Dies ist z. B. der Fall, wenn am Verfahren ein Richter teilgenommen hat, gegen den ein Ablehnungsgrund nach Art 33 StrV. bestand, aber nicht geltendgemacht wurde, oder nach Art. 24 Jugendrechtspflegegesetz, wenn ein Verfahren vor einem örtlich unzuständigen Gericht zur Durchführung gelangt, und diese Einrede nicht oder nicht rechtzeitig vorgebracht wird.

Diese Mängel können immer nur *vor* der Fällung des Urteils wirksam geltend gemacht werden. Im Gegensatz dazu können schwerwiegendere Verfahrensmängel im Rechtsmittelverfahren behoben werden. In appellablen Fällen genügt die Erklärung der Appellation. Ist diese in casu nicht gegeben, dann sind es ebengerade die betreffenden Mängel, die als Nichtigkeitsgründe die Erhebung der Nichtigkeitsklage gestatten. Daß nach Art. 298 StrV. die Nichtigkeitsklage in gleicher Weise wie die Appellation innerhalb 10 Tagen einzureichen ist, läßt erkennen, daß mit Ablauf dieser Frist, d. h. mit dem Eintritt der Rechtskraft, die betr. Mängel heilen.

Aus den vorliegenden Ueberlegungen ziehen wir folgenden Schluß: Verfahrensmängel, die in den Art. 327 und 328 unter den Nichtigkeitsgründen aufgezählt sind, vermögen den Eintritt der Rechtskraft in keiner Weise zu hemmen. Andernfalls hätte die 10-tägige Frist, an deren Einhaltung die Geltendmachung dieser Mängel geknüpft wird, keinen Sinn. Daß auch die geringern Mängel der Rechtskraft nichts anzuhaben vermögen, bedarf keiner besondern Erwähnung.

[20] Rosenfeld II. S. 57 dagegen möchte solchen Urteilen, denen besonders schwere Verstöße gegen das formelle und *materielle* Strafrecht zugrunde liegen, überhaupt keine Rechtskraft zukommen lassen. Dies würde dazu führen, daß über die Rechtskraft von Fall zu Fall entschieden werden müßte, womit diese jegliche Daseinsberechtigung verlöre.

Nun bestimmen die Art. 327 Ziff. 5 und Art. 328 Ziff. 2 übereinstimmend, daß die Nichtigkeitsklage zulässig sei, wenn in irgendeiner Weise im Hauptverfahren ein Prozeßrechtssatz derart verletzt wurde, daß sich dies auf das Urteil auswirkte. Daraus müssen wir aber folgern, daß auch jeder dieser Mängel mit Ablauf der Rechtsmittelfrist heilt, so daß wir als Ergebnis aufstellen dürfen: Grundsätzlich vermögen formelle Mängel des Urteils den Eintritt der Rechtskraftswirkungen nicht zu hindern, weil sie auf dem Wege der ordentlichen Rechtsmittel hätten behoben werden sollen. Ein solches Urteil begründet das «Ne bis in idem» wie jedes andere auch [21]. Dies erklärt, weshalb ein unvollständiges Urteil nachträglich nicht ergänzt werden darf. (So z. B. wenn vergessen wurde, eine Nebenstrafe auszusprechen.) Dagegen dürfen Mißschreibungen und Mißrechnungen sowie offenbare Irrtümer jederzeit durch den Richter beseitigt werden. (Art. 297 Abs. 4.)

Ein sog. Nachtragsverfahren, wie es das deutsche Recht in gewissen Fällen zuläßt [22], ist unserm Rechte unbekannt, es sei denn, man verstehe unter diesem Begriff auch die vom Strafrichter gemäß Art. 3 Abs. 3 StrV. dem Grundsatze nach beurteilte Zivilklage, die zur Festsetzung der Höhe des Anspruchs vor den Zivilrichter gebracht wird. Bleiben wir aber auf dem Gebiete des Strafrechts!

Da einerseits jeder Verfahrensmangel mit Hilfe der ordentlichen Rechtsmittel behoben werden kann, andrerseits die erfolgreiche Geltendmachung aller Mängel an die Innehaltung einer Frist geknüpft ist, muß für das bernische Recht die Frage, ob es absolut nichtige Strafurteile gebe, verneint werden. Während in der Literatur die Meinungen auseinandergehen, haben sich fast überall Gesetzgebung und Rechtssprechung geweigert, gewisse Urteile als absolut nichtig zu betrachten [23].

Etwas anderes dagegen ist es, wenn wir unter I dieses Paragraphen gewisse strafrechtliche Entscheidungen als «Nichturteile» bezeichnet haben. Es wäre denkbar, daß eine fanatische Religionsgemeinschaft ein geistliches Gericht einsetzte, das gewisse strafrechtliche Entscheidungen zu treffen hätte. Solche Entscheidungen könnten nicht als «nichtige Strafurteile» qualifiziert werden, denn es sind überhaupt keine Strafurteile im Rechtssinn. Dasselbe läge vor, wollte sich ein Zivilgericht anmaßen, außerhalb seiner Kompetenz ein eigentliches Strafurteil zu fällen. Als weitere Beispiele [24] solcher «Nichturteile» seien angeführt: Urteile eines Richters im Laufe eines

[21] Waiblinger N. 1 zu Art. 4 StrV. Binding Abh. II. S. 320, Glaser II. S. 70. Zitzlaff S. 210.
[22] Vgl. z. B. dt. StrGB Art. 37 und § 9 unserer Arbeit.
[23] Vgl. betr. dieser Frage: Binding Abh. II. S. 312, Bennecke-Beling S. 292. Rosenfeld II. S. 57. Dohna S. 220.
[24] Folgende Beispiele sind dem Kommentar Waiblinger entnommen. Anmerkungen zu Art. 4 StrV.

Privatgesprächs, Urteile mit einem rechtlich unmöglichen Inhalt, z. B. Verurteilung zu einer dem bernischen oder eidgenössischen Recht unbekannten Strafe.

Zugegeben, daß es oft außerordentlich schwierig sein kann, die Grenze zwischen Urteil und Nichturteil zu ziehen. Man denke nur an die Unfähigkeitsgründe des Art. 32 StrV., die zugleich Nichtigkeitsgründe darstellen. Man könnte hier der Ansicht sein, daß trotz Vorliegens eines solchen Grundes ein rechtsgültiges Urteil vorhanden sei, da es durch Nichtigkeitsklage angefochten werden kann. Dies wird sicherlich in den Fällen der Ziff. 4—9 zutreffen [25]. Wenn dagegen der entscheidenden Person ein gesetzliches Erfordernis für das Richteramt fehlt, dann darf ihre Entscheidung wie die einer jeden Privatperson niemals als Urteil bezeichnet werden. Wurde dagegen das Urteil von einem Richterkollegium gefällt, unter welchem sich ein unfähiger Richter befindet, so ist es rechtsgültig, jedoch anfechtbar.

Wie schwer es auch immer sein mag, eine Abgrenzung zu finden zwischen Urteil und Nichturteil, so bereitet diese Frage der Praxis nur geringes Kopfzerbrechen, weil heutzutage Nichturteile so gut wie unbekannt sind. Sollte dennoch hin und wieder ein solches die Gerichte beschäftigen, so müßte man sich der Tatsache erinnern, daß ihm überhaupt keine rechtlichen Wirkungen zukommen können, weshalb eine neue Beurteilung der Sache möglich wäre.

Dagegen begründet jedes Strafurteil, und beruhte es auch auf schweren Prozeßrechtsverletzungen, das «Ne bis in idem», da der Eintritt der Rechtskraft diese Mängel heilt [26].

Zum Schluß sei noch auf die beachtenswerte Lösung hingewiesen, die das Militärstrafgesetz in Art. 223 bei Uebergriffen der bürgerlichen in die militärische Gerichtsbarkeit oder der militärischen in die bürgerliche Gerichtsbarkeit trifft. Liegt ein solcher Uebergriff vor, so ist ein eventuelles Urteil nicht ipso iure nichtig, sondern entfaltet vorläufig umfassende Rechtskraftswirkungen. Doch schreibt das Gesetz vor, daß solche Urteile durch das Bundesgericht aufzuheben seien, worauf selbstverständlich auch eine neue Beurteilung derselben Tat möglich wird.

---

[25] A.M. Waiblinger, der jeden Entscheid eines unfähigen Richters als Nichturteil betrachtet. Anmerkung zu Art. 4 StrV.

[26] Erinnert sei auch an den Fall, wo in Verletzung des Grundsatzes «Ne bis in idem» über denselben Gegenstand zwei Urteile ergehen. Vgl. § 2. III.

§ 9. Urteile ausländischer Strafgerichte.

I. Allgemeines.

Ueber die Frage, ob auch ausländische Urteile Sperrwirkungen auf einen zweiten Prozeß de eadem re auszuüben vermögen, gehen die Ansichten auseinander.

Die meisten Schriftsteller [1] sprechen auch in diesen Fällen von einer allerdings beschränkten «Ne bis in idem»-Wirkung, indem sie sich auf die Bestimmungen des positiven Rechts, insbesondere auf diejenigen des internationalen Strafrechts stützen. Gegen diese Auffassung wendet sich mit aller Schärfe hauptsächlich Binding [2].

Vorab sei folgendes festgestellt: Das Verbot einer wiederholten Strafverfolgung findet seinen Ursprung einzig und allein in der Rechtskraft des Urteils [3]. Wer dem ausländischen Urteil eine, wenn auch beschränkte «Ne bis in idem»-Wirkung zugesteht, anerkennt damit ein Wirken der ausländischen Rechtskraft auf das inländische Strafverfahren.

Nun ist aber die Gerichtsbarkeit die Ausübung eines staatlichen Herrschaftsrechtes und daher auf das Staatsgebiet beschränkt [4]. Dementsprechend unterliegt auch die Rechtskraft des Urteils territorialer Begrenzung. Ihre Wirkungen erstrecken sich nicht weiter als diejenigen der Staatsgewalt, d. h. nicht über das Staatsgebiet hinaus. Grundsätzlich kommt daher ausländischen Urteilen im Gebiete der Schweiz ebensowenig Rechtskraft zu als schweizerischen Urteilen im Auslande. Hat ein ausländischer Staat über den ihm aus strafbarer Handlung entstandenen Strafanspruch geurteilt, so hindert das den Inlandstaat nicht an der Verfolgung des auch ihm aus derselben Tat zukommenden Strafanspruchs. Da die Wirkungen des Urteils sich nur innerhalb des Staatsgebietes geltend machen, vermag ein fremdes Urteil nicht das inländische Strafverfolgungsrecht zu konsumieren. Mehr noch: Wir haben in § 3 schon dargelegt, daß durch Verbüßung der ausländischen Strafe der inländische Strafanspruch nicht untergegangen ist. Der Täter wäre also nicht nur einer neuen Verfolgung, sondern auch einer neuen Bestrafung aus-

[1] Berner GS 18.33; Düwel S. 20 und 80; Thormann Z. 29.50; Waiblinger Anmerkungen zu Art. 9—11 StrV.

[2] Binding Abh. II. S. 327. Die gleiche Ansicht teilen Barbarino S. 40, Lohsing S 539 und Bennecke-Beling S. 410.

[3] Vgl. § 2.

[4] Derselben Meinung Meili, S. 357: «Das Strafprozeßrecht kommt im internen Staat exklusiv zur Geltung, und auf ausländisches Strafprozeßrecht kann im Inlande keine Rücksicht genommen werden, so wenig das Ausland dies gegenüber dem inländischen tut.» Ebenso Garraud, zit. in Meili S. 498: « . . non seulement qu'un jugement pénal étranger ne peut être rendu exécutoire, mais encore qu'il ne peut produire aucun autre effet, direct ou indirect, en France. C'est une conséquence nécessaire d'un principe supérieur: l'indépendance des souverainetés.»

gesetzt [5]. Hier greift nun aus Billigkeitsrücksichten [6] die Regel Platz: ein Verbrechen nur eine Strafe. Im internationalen Strafrecht drängt sich dieser Satz dem Rechtsgefühl geradezu auf. Er verhindert eine Doppelbestrafung, nicht aber eine Doppelverfolgung. Um den im Auslande Verurteilten oder Freigesprochenen auch von einer solchen zu schützen, bleibt es dem Staate unbenommen, die Rechtskraft des ausländischen Urteils ausdrücklich anzuerkennen, sei es durch das Prozeßgesetz ganz allgemein oder unter gewissen Voraussetzungen, deren Vorhandensein in jedem Einzelfall zu prüfen ist, sei es durch Staatsvertrag bezüglich der Urteile eines bestimmten Staates [7]. Nun taucht aber eine neue Schwierigkeit auf. Der Staat kann nämlich in die Lage kommen, ein ausländisches Urteil vollstrecken zu müssen. Dies z. B. dann, wenn ein Schweizer, der im Ausland verurteilt wurde, vor der Tilgung der Strafe in die Schweiz zur fliehen vermag. Eine Auslieferung kommt nicht in Frage [8]. Einem neuen Strafverfahren gebietet die anerkannte Rechtskraft des ausländischen Urteils Einhalt. Und nach einem nahezu allgemein geltenden Grundsatze werden ausländische Urteile im Inland nicht vollstreckt [9]. In dieser Schwierigkeit ist der Grund zu suchen, weshalb ausländische verurteilende Erkenntnisse meistens nur dann berücksichtigt werden, wenn die Strafe vollzogen ist. Das neue schweiz. Strafgesetzbuch hat mit der Tradition z. T. gebrochen und schreibt in den Art. 3 Ziff. 2 und Art. 5.3 vor, daß in den dort erwähnten Fällen die im Ausland erkannte Strafe in der Schweiz vollzogen werden solle. Diese radikale Lösung, die nicht ohne Bedenken [10] angenommen wurde, zeugt von einem großen Vertrauen in die ausländische Strafgerichtsbarkeit.

---

[5] Davon hat der § 37 des deutschen Strafgesetzes Gebrauch gemacht, indem er bestimmt: «Ist ein Deutscher im Ausland wegen eines Verbrechens oder Vergehens bestraft worden, welches nach den Gesetzen des deutschen Reichs den Verlust . . . der bürgerlichen Ehrenrechte zur Folge hat oder haben kann, so ist ein neues Strafverfahren zulässig, um gegen den in diesem Verfahren für schuldig Erklärten auf jene Folge zu erkennen.» Ein solches Verfahren hat das Bundesgericht für die Schweiz — wenigstens interkantonal — für unzulässig erklärt: BGE 51.1.42.
Binding, Handbuch S. 815: «Der strafende Staat bringt nur *sein* Strafrecht zum Untergang.

[6] Thormann Z. 29.50; v. Bar II. S. 274. Vgl. auch Meili S. 505: «Allein es ist wohl zu beachten, daß überall da, wo ein Strafrechtsanspruch zwei verschiedenen Staaten zugleich zusteht, er durch Vorgänge in dem einen Staate nicht ohne weiteres auch im andern Staate beeinflußt wird. Jener handelt nicht als Stellvertreter des letztern. Auf der andern Seite verlangt die Gerechtigkeit gebieterisch, daß das, was in einem Staate rechtlich geschieht, im andern nicht einfach ignoriert wird.

[7] Vgl. betr. Die Anerkennung der Rechtskraft eines ausländischen Zivilurteils für das bernische Recht ZPO Art. 401 und 192 und die diesbezüglichen Anmerkungen im Kommentar Leuch.

[8] Auslieferungsgesetz von 1892, Art. 2.

[9] Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts III. 567; Berner GS. 18.32; Meili S. 497 und die dort zit. Literatur.

II. Bernisches Recht.

Es sei vorausgeschickt, daß nach bernischem Strafprozeß die außerkantonalen Strafurteile den ausländischen gleichgesetzt und wie sie behandelt werden [11]. Wir werden deshalb in folgendem beide Kategorien zusammenfassen und von den «auswärtigen» Strafurteilen sprechen. Den bernischen Urteilen gleichzuachten sind die der Bundesstrafjustizbehörden (inkl. Militärgerichtsbehörden) und diejenigen, die in Bundesstrafsachen von einem nach Bundesstrafverfahren [12] zuständigen außerkantonalen Gerichte ausgefällt wurden [13].

Die Wirkung von auswärtigen Strafurteilen auf eine neue Verfolgung und auf eine neue Bestrafung durch bernische Gerichte ist nicht einheitlich geregelt. Es läßt sich eine 3-fache Abstufung erkennen, die sich aus dem verschieden starken staatlichen Strafbedürfnis erklärt [14].

Vorbehaltlos anerkannt wird der Grundsatz «ein Verbrechen nur eine Strafe». Dies ist zugleich die einzige Wirkung des auswärtigen Urteils, genauer der auswärts vollzogenen Strafe, in den Fällen des Art. 10 (Verbrechen gegen die Sicherheit des Staates Bern, Fälschung öffentlicher Siegel und Stempel und Nachmachung oder Verfälschung bernischer öffentlicher Urkunden) und des Art. 9.2. (wo der Täter, der auf dem Territorium des Staates Bern delinquierte, ohne Ersuchen der bernischen Staatsbehörden und ohne Antrag des Verletzten im Ausland oder in einem andern Kanton eine Strafe erlitt.) Hat der Täter in den genannten Fällen außerhalb des Kantons eine (nach bernischen Gesichtspunkten gesehen) gerechte Strafe erlitten, so wird er nicht mehr bestraft. In den andern Fällen wird dem Grundsatz dadurch Genüge geleistet, daß die schon verbüßte Strafe angerechnet wird [15]. Von einer «Ne bis in idem»-Wirkung im eigenlichen Sinne (vgl. § 2 I.) jedoch keine Spur!

Dagegen wird die Rechtskraft auswärtiger Strafurteile in Art. 11 StrV. anerkannt, wenn jemand außerhalb der Schweiz gegen einen Schweizer gewisse strafbare Handlungen begeht und sich dafür vor einem ordentlichen ausländischen Strafgericht verantwortet hat. Sowohl ein Freispruch als auch eine Verurteilung hindern eine 2.

---

[10] Sten. Verhandlungsbericht des Nationalrates 1928, S. 74. Allerdings konnte schon bisher gemäß Art. 30 des Auslieferungsgesetzes der Bundesrat im Einverständnis aller Beteiligten gestatten, daß eine ausländische Strafe in der Schweiz vollzogen werde.

[11] Vgl. bern. StrV. Art. 9 und 10.

[12] Bundesstrafrechtspflege von 1934 Art. 247 ff. Wo die Kantone in Bundesstrafsachen zuständig sind, handeln sie als Organe des Bundes. BGE 19.80 und 29.1.313.

[13] Waiblinger N. 1. zu StrV. Art. 4. Binding. II. 322.

[14] Thormann Z. 29. 54.

[15] Man spricht deshalb vom «Anrechnungsprinzip», vgl. Thormann-Overbeck, Erläuterungen zu SStrGB Art. 3. N. 4.

Verfolgung für dasselbe Delikt im Kanton Bern. Die Verurteilung jedoch nur, wenn die Strafe durch Vollzug, Verjährung oder Erlaß getilgt ist [16].

Die Zwischenstufe bildet der Fall des Art. 9 Ziff. 1. Wurde der Täter auf Ersuchen der bernischen Staatsbehörden oder auf Antrag des Verletzten im Ausland verfolgt und verurteilt, so hindert dies eine neue Verfolgung, sofern auch die Strafe vollzogen wurde. Ein etwa erfolgter Freispruch dagegen äußert keine Wirkungen. Von einer Konsumtion des Strafverfolgungsrechtes durch das auswärtige Urteil zu sprechen, wird man besser unterlassen.

Mit dem Inkrafttreten des neuen schweizerischen Strafgesetzbuches am 1. Januar 1942 werden u. a. auch die Art. 9—11 StrV. aufgehoben und durch die Art. 3—6 des Bundesgesetzes ersetzt werden. Grundsätzliche Aenderungen werden dadurch nicht eintreten. Höchstens mag erwähnt werden, daß u. U. ein ausländisches Urteil in der Schweiz vollstreckt werden muß, und, was praktisch wichtiger ist, daß inner- und außerkantonale Urteile als schweizerische Urteile einander gleichgestellt sein werden. Soviel dem Wortlaute des Gesetzes [17] entnommen werden kann, findet diese Tatsache ihre Erklärung darin, daß kraft des Bundesgesetzes die Kantone verpflichtet sind, die Rechtskraft sämtlicher außerkantonaler schweizerischer Urteile anzuerkennen. Falsch wäre es, wollte man den Grund für die Gleichstellung aller schweizerischer Urteile darin suchen, daß es sich in allen Fällen um Erkenntnisse derselben, nämlich der schweizerischen Gerichtsbarkeit handle. Dem würde zwar Art. 64bis unserer Verfassung nicht entgegenstehen, da den Kantonen nur die Organisation der Gerichte, das Verfahren und die Rechtsprechung vorbehalten bleiben. Aber das SStrGB selber hat in Art. 343 den Kantonen eine eigene Gerichtsbarkeit belassen. Der Strafanspruch für alle Delikte, die nicht durch Art. 340 der Bundesstrafgerichtsbarkeit unterstellt werden, kommt wie bis anhin den Kantonen zu, was übrigens dadurch bestätigt wird, daß Art. 394 das Begnadigungsrecht für diese Delikte, also die Möglichkeit, auf den Strafanspruch zu verzichten, den Kantonen beläßt.

Der Vollständigkeit halber sei noch bemerkt, daß Urteile anderer Kantone ohne Rücksicht auf gesetzliche Bestimmungen in vielen Fällen schon heute restlos anerkannt werden, da das Bundesgericht in einer Doppelverfolgung einen Verstoß gegen BV. Art. 4 erblickt [18].

---

16 Anerkennung des sog. «Erledigungsprinzipes». Thormann-Overbeck, Erläuterungen zu SStrGB Art. 3 N. 6.

17 Vgl. SStrGB Art. 3—6, 340, 343, 345 und 394.

18 Vgl. ZbJV. 65.313. BGE 35.1. 518; 51.1.42.

§ 10. Urteile im summarischen Verfahren[1].

I. Das Eventualurteil des Präliminarverfahrens nach Art. 226/7 StrV.

Das mündliche Präliminarverfahren ist nur für einzelrichterliche Fälle vorgesehen, in denen das Strafmandatsverfahren unstatthaft oder unzweckmäßig erscheint oder wegen erhobenen Einspruchs nicht zum Ziele geführt hat (Art. 226). Der Richter ordnet eine mündliche Abhörung des Angeschuldigten an und fällt, wenn dieser die Richtigkeit der Anzeige zugibt, ein Eventualurteil.

Das Präliminarverfahren, in dem sich das Beschleunigungsprinzip in einer unmißverständlichen Art und Weise offenbart, ist nicht etwa ein Ersatz der Voruntersuchung, sondern der Hauptverhandlung. Es darf als summarisches Hauptverfahren angesprochen werden, das jedoch nur bei persönlichem Erscheinen des Angeschuldigten[2] durchgeführt werden kann. Dieses Erfordernis muß deshalb aufgestellt werden, weil der Angeschuldigte sich persönlich einmal über die Richtigkeit der Anzeige und sodann über die Annahme des Urteils auszusprechen hat.

Das Eventualurteil kennzeichnet sich durch folgende Merkmale:

1. Es wird erst durch die Erklärung des Angeschuldigten, daß er sich ihm unterziehe, rechtsverbindlich. Andernfalls wird das ordentliche Verfahren eingeleitet (Art. 227 und 228).
2. Erklärt der Angeschuldigte die Annahme des Urteils, so verzichtet er zugleich auf die Einlegung ordentlicher Rechtsmittel. Appellation und Nichtigkeitsklage sind unanwendbar[3]. Dem Bezirksprokurator wird die Möglichkeit geboten, gemäß Art. 223 Einspruch zu erheben.
3. Das Eventualurteil, das vom Angeschuldigten angenommen wird und vom Bezirksprokurator unwiedersprochen bleibt, äußert alle Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils, das auf Grund des ordentlichen Verfahrens ergeht. Eine Einschränkung, wie sie Art. 224 Abs. 3 für das Strafmandat kennt[4], besteht hier nicht. Es genügt somit, wenn wir auf unsere Ausführungen in § 8 verweisen.

---

[1] Vgl. Hofstetter; Die summarischen Verfahren vor dem Einzelrichter im Strafverfahren des Kantons Bern.

[2] Krebs. N. 5 zu Art. 227.

[3] Vgl. ZbJV. 45.402; 65.476. Wenn aber das Verfahren so wesentliche Mängel aufweist, daß angenommen werden muß, der Angeschuldigte hätte sich bei Kenntnis dieser Mängel dem Urteil nicht unterzogen, muß die Anfechtung des Urteils durch die Nichtigkeitsklage möglich sein. ZbJV. 69.235.

[4] Vgl. II des Paragraphen.

II. Das Strafmandat.

Das Strafmandatsverfahren eignet sich nur für Delikte, die mit Buße oder mit Buße wahlweise neben Gefängnis bedroht sind, sofern der Richter die Verurteilung zu einer Geldbuße als geboten erachtet. Als weitere Voraussetzungen des Verfahrens bestimmt Art. 219: Die betreffende Tat darf nicht mit schwereren Vergehen oder mit Verbrechen konkurrieren; es dürfen keine zivilrechtlichen Ansprüche gestellt werden oder zu erwarten sein; es darf keine Strafverfügung einer Verwaltungsbehörde vorausgegangen sein. Ueberdies muß der Richter das Verfahren im gegebenen Fall als zweckmäßig erachten (Art. 226).

Vom Präliminarverfahren unterscheidet sich das Strafmandatsverfahren dadurch, daß der Entscheid allein auf Grund des in der Anzeige beschriebenen Tatbestandes getroffen wird. Dem Angeschuldigten wird die Möglichkeit versagt, sich über den Fall zu äußern. Es bleibt nicht einmal ein Surrogat eines Hauptverfahrens übrig. Diese Tatsachen zeitigen gewisse Folgen, die sich wie folgt geltend machen:

1. Der Entscheid ist provisorischer Natur und wird erst rechtsverbindlich, wenn weder der Angeschuldigte, noch der Bezirksprokurator innert der gesetzlichen Frist Einspruch erheben. (Art. 220—223).
2. Ordentliche Rechtsmittel können nicht eingelegt werden [5].
3. Erfolgt kein gültiger Einspruch gegen das Strafmandat, so wird es als Urteil vollstreckt (Art. 224.1). Dagegen ist die klagekonsumierende Wirkung des in Rechtskraft erwachsenen Strafmandats nicht die umfassende des gewöhnlichen Urteils (Art. 224.3).

In welchem Umfang begründet denn ein Strafmandat das «Ne bis in idem»? Bei der Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, daß das Gesetz dem unwidersprochen gebliebenen Strafmandat grundsätzlich die Rechtskraftwirkungen des Urteils beilegt, was bezüglich der formellen Rechtskraft (Vollstreckbarkeit) ausdrücklich erwähnt wird.

Aus der Besonderheit des Verfahrens aber folgt, daß ein Verbrauch der Strafklage nicht in dem gleichen Maße stattfindet wie durch ein Urteil nach Durchführung der Hauptverhandlung. Das bernische Strafprozeßgesetz verleiht dem vollstreckbaren Strafmandat insoweit klageverbrauchende Wirkung, als sich nicht nachträglich ein neuer rechtlicher Gesichtspunkt ergibt. Eine wiederholte Strafverfolgung einer und derselben Tat ist also immer dann ausgeschlossen, wenn das neue Verfahren zur «Anwendung des nämlichen Strafgesetzes auf die nämliche Tat» führen würde [6]. Darüber

[5] Vgl. diesbezüglich II; ferner ZbJV. 67.273.
[6] Arg. e contrario aus Art. 224.3; vgl. auch EDR 28. S. 84.

hinaus verbietet die materielle Rechtskraft des Strafmandates nicht nur jede neue Beurteilung desselben Tatbestandes unter dem Gesichtspunkt geringerer Strafbarkeit, sondern auch jede Neubeurteilung, sofern sie nicht unter dem Gesichtspunkt eines schwereren *Vergehens* oder eines *Verbrechens* erfolgt. Demnach ist die Verfolgung einer Tat, die durch Strafmandat als *Uebertretung* mit Strafe belegt wurde, auch dann ausgeschlossen, wenn sich nachträglich herausstellen würde, daß sie zwar ein schweres Delikt jedoch nur in Gestalt einer schwereren *Uebertretung* darstellte [7].

Wir glauben behaupten zu dürfen, daß die Lösung, wie sie sich aus dem bernischen Strafverfahren ergibt, unser Gerechtigkeitsgefühl befriedigt. Einerseits besteht keine Veranlassung, an der Rechtskraft des Strafmandats zu rütteln, um den Angeschuldigten milder zu bestrafen, da dieser es ja in der Hand hatte, gegen ein ihm zu streng scheinendes Urteil Einspruch zu erheben. Andrerseits ist es ein Gebot der Rechtssicherheit, an der Rechtskraft festzuhalten, auch wenn es sich nachträglich zeigen sollte, daß es sich um ein schwereres Delikt handelt, wenn dieses nur die Grenzen einer Uebertretung nicht überschreitet [8]. Wer wegen Nachtlärms (StrGB Art. 256. Ziff. 6) durch Strafmandat zu einer Buße von Fr. 20.— verurteilt wird, kann nicht neuerdings verfolgt werden, wenn der Nachtlärm durch vorsätzliche Sachbeschädigung (Art. 256 Ziff. 10 StrGB) verursacht wurde. Dies gilt auch dann, wenn sich der Täter bezüglich der Sachbeschädigung im Rückfall befände, er also sogar mit Gefängnis bestraft werden könnte (Art. 257 StrGB).

Damit haben wir die Grenze der dem Strafmandat beigelegten Rechtskraft erreicht. Ausdrücklich bestimmt Art. 224.3:

> «Fällt die Handlung unter eine schwerere Strafbestimmung als die im Strafmandat angewandte, so kann sie unter diesem Gesichtspunkte auch später strafrechtlich verfolgt werden. Bei einer allfälligen spätern Verurteilung ist das Strafmandat aufzuheben.»

Diese Vorschrift findet nur da Anwendung, wo die «schwerere Strafbestimmung» nicht bloß diejenige einer schweren Uebertretung ist. Rechtfertigen läßt sich dieser Einbruch in den Grundsatz des «Ne bis in idem» einerseits dadurch, daß der Richter eine Entscheidung über einen Gegenstand zu treffen hat, der im Gegensatz zu dem des Präliminarverfahrens so gut wie überhaupt nicht abgeklärt worden ist, und andrerseits durch die Tatsache, daß der Angeschuldigte die Unannehmlichkeiten eines Strafverfahrens nicht auszustehen hat [9].

---

[7] Folgerung aus Art. 219.1. Ausdrücklich enthält diese Folgerung § 14 des Bußeneröffnungsverfahrens. Gleicher Ansicht: Waiblinger N. 3 zu Art. 224.
[8] A.M. Reiffel, GA. 44. S. 132.
[9] Waiblinger N. 8 zu Art. 4.

Das rechtskräftige Strafmandat steht einer neuen Strafverfolgung auch dann nicht entgegen, wenn der Richter bei genügender Aufmerksamkeit schon aus der Strafanzeige hätte ersehen müssen, daß die Handlung auch unter schwerere Strafbestimmungen als die in der Anzeige angeführten und im Mandat angewendeten fällt. Nach Art. 219 soll ja in diesen Fällen von der Einleitung des Strafmandatsverfahrens abgesehen werden.

Zu Meinungsverschiedenheiten könnte folgender Tatbestand Anlaß geben: Jemand wird durch Strafmandat rechtskräftig verurteilt. Unter dem Gesichtspunkte eines schwereren Vergehens wird der Täter nachträglich ein zweites Mal verfolgt. In diesem Verfahren stellt sich heraus, daß er infolge eines Schuldausschließungsgrundes überhaupt nicht strafbar ist, weshalb er auch freigesprochen wird. Was hat nun mit dem Strafmandat zu geschehen?

Der letzte Satz des Art. 224 lautet: «Bei einer allfälligen spätern *Verurteilung* ist das Strafmandat aufzuheben.» Argumento e contrario könnte man versucht sein, daraus zu folgern, daß eine spätere Freisprechung das Mandat nicht berühre. Diese Lösung wäre höchst bedenklich, da sie sowohl mit der Gerechtigkeit als auch mit der Rechtssicherheit in Widerspruch stände. Selbst Düwel [10], der diese Lösung verteidigt, bezeichnet den durch sie hervorgerufenen Zustand als unbefriedigend. Doch sei sie gerechtfertigt, weil es in der Macht des Angeschuldigten gestanden hätte, gegen das Mandat Einspruch zu erheben. Die Erfahrung lehrt uns indessen, daß viele Personen es vorziehen, eine kleinere Buße zu bezahlen, als sich den Unannehmlichkeiten eines Strafverfahrens auszusetzen, wenngleich sie von ihrer Unschuld überzeugt sind. Dazu kommt, daß die Rechtskraft des Strafmandates die Beurteilung derselben Tat unter dem Gesichtspunkte eines schwereren Vergehens nicht hindert. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob das Urteil nun strenger oder milder ausfällt. Wenn in gewissen Fällen ein zweites Verfahren de eadem re gestattet wird, muß auch das in diesem erkannte Urteil gelten. Wir müssen deshalb energisch fordern, daß das Strafmandat nicht nur bei einer allfälligen spätern *Verurteilung*, sondern bei jeder nachträglichen gerichtlichen Aburteilung desselben Falles aufgehoben werde.

III. Die Bußenverfügung der Gemeinde.

Die Gemeinden sind autonome Selbstverwaltungskörper, die gewisse Aufgaben zu erfüllen haben [11]. Zur Erfüllung dieser Aufgaben hat sich die Gemeinde zu organisieren und die hiefür notwendigen Reglemente zu erlassen. Sie ist befugt, zur wirksamen Handhabung ihrer Reglemente Strafbestimmungen aufzustellen und durch

[10] Düwel S. 71.
[11] Art. 1—4 des bernischen Gemeindegesetzes vom 9. Dezember 1917.

ihre in den Reglementen bezeichneten Organe Bußen bis zu 50 Franken auszusprechen.

Diese beschränkte Strafbefugnis wird den Gemeinden durch die Art. 49.2 und 71 der bernischen Staatsverfassung übertragen. Es handelt sich nicht etwa um eine Disziplinarbefugnis, sondern um wirkliche Strafgerichtsbarkeit. Den Gemeindeorganen wird ferner die Befugnis eingeräumt, die vorgesehenen Strafen selbständig auf dem Wege eines Strafbefehls, Bußenverfügung genannt, zu fällen.

Da die Bußenverfügung weder im ordentlichen Verfahren noch durch ein ordentliches Strafgericht erlassen wird, kann ihr auch nicht die umfassende Wirkung eines Urteils beigelegt werden. Bezüglich ihrer Rechtswirkungen, wie auch des ihr vorangehenden Verfahrens überhaupt, gilt im großen und ganzen dasselbe wie für das Strafmandat. Die unwidersprochen gebliebene Verfügung wird wie ein Urteil vollstreckbar und begründet das «Ne bis in idem» im gleichen Umfange wie das rechtskräftige Strafmandat [12]. Wir erlauben uns deshalb, auf den Abschnitt II dieses Paragraphen hinzuweisen.

IV. Andere administrative Strafverfügungen.

Wie den Organen der Gemeinde, so kann auf Grund des Art. 49.2 der bernischen Staatsverfassung durch Spezialgesetze auch den Verwaltungsbehörden des Staates (Kantons) dieselbe beschränkte Strafbefugnis eingeräumt werden.

Uebrigens anerkennt auch die Bundesstrafrechtspflege die Strafbefugnis gewisser Verwaltungsbehörden, die ebenfalls zum Erlaß von Strafverfügungen kompetent erklärt werden [13].

Es darf aber nie außer Acht gelassen werden, daß die administrativen Strafbefehle nur ein Mittel sind, um das Verfahren zu beschleunigen, zu vereinfachen und zu verbilligen. Der Grundsatz der Gewaltentrennung, auf dem sich unsere Bundesverfassung aufbaut, ruft gebieterisch nach der Möglichkeit, alle diese Straffälle vor die ordentlichen Gerichte ziehen zu können.

In seinen Grundsätzen ist das Verfahren, auf Grund dessen die administrative Strafverfügung bei Uebertretungen der in Art. 279 Bundesstrafrechtspflegegesetz genannten Gesetze ergeht, gleich ausgestaltet wie das Bußeneröffnungsverfahren der Gemeinde. Art. 298.2 BStrRPfl. setzt die Strafverfügung, wenn innert der gesetzlichen Frist eine gerichtliche Entscheidung nicht verlangt wurde, einem rechtskräftigen Urteil gleich. Sie erlangt formelle Rechtskraft, wird also vollstreckbar. Hinsichtlich des Umfanges der materiellen Rechtskraft dagegen müssen wir, obgleich das Gesetz da-

[12] Dekret über das Bußeneröffnungsverfahren in den Gemeinden, vom 9. Januar 1919, §§ 9, 12, 14. Waiblinger zu Art. 4.

[13] Bundesstrafrechtspflegegesetz Art. 279 ff, spez. Art. 293.

von kein Wort verlauten läßt, die gleiche Einschränkung machen, die wir schon beim Strafmandat und bei der Bußenverfügung der Gemeinde kennengelernt haben (Vgl. II und III) [14]. Diese Notwendigkeit ergibt sich aus der Natur und der besondern Ausgestaltung des Verfahrens.

§ 11. Beschlüsse.

Die Erledigung der Prozesse erfolgt nicht ausschließlich nur durch Urteile, sondern gelegentlich auch durch Beschlüsse. Diese können wie die Urteile Formalentscheidungen oder Entscheidungen in der Sache selbst sein.

Den Prozeß beendigen kann naturgemäß einzig ein negativer Beschluß, ein Einstellungsbeschluß im weitern Sinne. Materielle Rechtskraft kann von vornherein nur einem solchen zukommen, niemals aber den positiven Beschlüssen, die nur vorbereitender Natur sind und erst durch das Endurteil gedeckt werden [1]. Art. 4 StrV. legt den Beschlüssen, die das Strafverfahren beendigen, ausdrücklich materielle Rechtskraft bei. Nicht zu diesen Beschlüssen gehört, wie der Name schon sagt, die Einstellung der Strafverfolgung wegen Abwesenheit des Angeschuldigten.

I. Der Aufhebungsbeschluß. (Art. 184 ff.)

Der Aufhebungsbeschluß wird dann gefaßt, wenn nach durchgeführter Voruntersuchung die Ueberweisungsbehörde der Ansicht ist, daß keine strafrechtlich verfolgbare Tat vorliegt, oder daß die Belastungstatsachen ungenügend sind (Art. 184.2). Eine auf diese Weise beendigte Strafuntersuchung kann nur dann wieder aufgenommen werden, wenn Beweismittel oder Tatsachen entdeckt werden, die für die Schuld des frühern Angeschuldigten sprechen (Art. 203.1). Die Wiedereröffnung der Untersuchung hat durch die Behörde zu erfolgen, die den Aufhebungsbeschluß gefaßt hat (Art. 203.2). So lauten die gesetzlichen Bestimmungen.

Der Aufhebungsbeschluß ist seinem Wesen nach nichts weiter als die Erklärung, daß auf Grund des gesammelten Belastungsmaterials rebus sic stantibus dem Angeschuldigten das Uebel einer öffentlichen Verhandlung nicht angetan werden soll [2]. Durch die Voruntersuchung wurde der Verdacht nicht genügend erhärtet, als daß

[14] Düwel S. 75 ff. Barbarino geht, in Anlehnung an die Ansicht Benneckes, so weit, den administrativen Strafverfügungen die materielle Rechtskraft überhaupt abzusprechen (S. 58).

[1] Glaser II. S. 69 ff.

[2] Bachtler S. 408.

eine Verurteilung sich darauf stützen ließe. Andrerseits wäre ein Prozedieren im Bewußtsein, daß eine Freisprechung erfolgen muß, nicht nur ein Hohn auf die persönliche Freiheit der Bürger, sondern auch dem Ansehen der Rechtspflege und dem Fiskus abträglich.

Aus diesen Ueberlegungen heraus hat der Gesetzgeber den Aufhebungsbeschluß mit einer Wirkung ausgestattet, die an diejenige der Freisprechung erinnert. Selbstverständlich vermag die Aufhebung der Untersuchung nicht die Einrede der beurteilten Sache zu begründen, weil nicht über den Strafanspruch, sondern über die Möglichkeit eines vom Gericht erst zu fällenden Sachurteils entschieden worden ist [3]. Darin liegt ein Merkmal, das der Aufhebungsbeschluß und das Urteil, gemäß welchem dem Verfahren infolge Fehlens einer Prozeßvoraussetzung keine weitere Folge gegeben wird, gemeinsam aufweisen. Wie diesem Urteil kommt auch jenem Beschlusse materielle Rechtskraft nur nach Maßgabe seines Inhaltes zu. Der Aufhebungsbeschluß äußert insofern materielle Rechtskraftswirkungen, als der Angeschuldigte gestützt auf die gleichen Belastungsmaterialien auch unter einem andern rechtlichen Gesichtspunkte nicht mehr verfolgt werden darf [4]. Er schafft res iudicata nicht bezüglich der Frage des Strafanspruchs, sondern darüber, ob auf die vorliegenden Beweise hin das Hauptverfahren zu eröffnen sei [5].

Da der Aufhebungsbeschluß schon auf Grund der Voruntersuchung gefaßt wird, ist die Prüfungsmöglichkeit der Ueberweisungsbehörde nicht so umfassend wie die des urteilenden Gerichtes bei der Fällung des Urteils. Deshalb wird die Wiedereröffnung der Untersuchung nicht vom Vorliegen ganz bestimmter Wiederaufnahmegründe abhängig gemacht, sondern in jedem Falle gestattet, wo neue Beweismittel oder neue Tatsachen für die Schuld des Verdächtigen sprechen [6].

II. Die Nichtfolgegebung. Art. 84.

Nach Art. 82 hat der Untersuchungsrichter jede bei ihm eintreffende Strafanzeige unverzüglich auf ihren Inhalt zu prüfen. Kommt er dabei zum Ergebnis, daß die zur Anzeige gebrachte Handlung nicht mit Strafe bedroht, oder daß die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Strafverfolgung nicht erfüllt sind, so stellt er dem Bezirksprokurator den Antrag, der Anzeige keine Folge zu geben. Mit der Zustimmung des Bezirksprokurators wird der Antrag zum Beschlusse erhoben (Art. 84).

---

[3] Bachtler S. 409.
[4] Glaser, Verbrauch des Klagerechts S. 335.
[5] Bachtler S. 442.
[6] Düwel S. 55.

Ist dieser Beschluß der Rechtskraft teilhaftig? Zweifellos wird er formell rechtskräftig, sonst hätte der in Art. 84.4 vorgesehene und an eine 10-tägige Frist gebundene Rekurs keinen Sinn. Dagegen entbehrt er der materiellen Rechtskraft [7]. Dieses Resultat ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Der Untersuchungsrichter prüft die Anzeigen nur summarisch. Die Anzeigen, die von Privaten ebensogut wie von Amtspersonen eingereicht werden können, sind möglicherweise ungenau oder unvollständig. Zwar wird der Untersuchungsrichter vielleicht von sich aus oder auf Anordnung des Bezirksprokurators vor dem Entscheid über die Eröffnung der Strafverfolgung einzelne Untersuchungshandlungen durchführen; diese werden aber niemals genügen, um den wahren Sachverhalt auch nur einigermaßen abzuklären. Soll unter diesen Umständen der Beschluß auf Nichtfolgegebung für alle Zukunft verbindlich sein? Soll nicht vielmehr dem Untersuchungsrichter die Möglichkeit gewahrt bleiben, die Strafverfolgung zu eröffnen, wenn betreffend der gleichen Tat z. B. eine vollständigere Anzeige einläuft? Ueberdies darf nicht übersehen werden, daß das Verbot einer zweiten Strafverfolgung voraussetzt, daß das erste Verfahren zum mindesten eröffnet worden ist [8]. Durch die Nichtfolgegebung aber wird ebengerade zum Ausdruck gebracht, daß die gerichtliche Strafverfolgung nicht eröffnet werden solle.

III. Beschlüsse im Verfahren gegen Jugendliche.

Zur Verfolgung strafbarer Handlungen von Kindern (6.—15. Altersjahr) und Jugendlichen (15.—18. Altersjahr) hat das Gesetz über die Jugendrechtspflege des Kantons Bern [9] ein besonderes Verfahren eingeführt. Kennzeichnend für das Gesetz ist sein Art. 3, der als Ziel des Verfahrens die Besserung, Erziehung und fürsorgliche Unterstützung des Fehlbaren hinstellt. Dieser Besserungsgedanke ist es auch, der dem ganzen Verfahren sein Gepräge gibt. Bestimmend für die Auswahl der Maßnahmen und Strafen ist das Wohl des Kindes oder Jugendlichen. Die Idee der Besserung kommt aber nicht nur im Zweck der Maßnahmen und Strafen zum Ausdruck, sondern auch in der Art und Weise, wie diese ausgesprochen und vollzogen werden.

Wer sich dieser besondern Aufgabe der Jugendrechtspflege bewußt ist, wird ohne weiteres einsehen, daß die Grundsätze des ordentlichen Strafverfahrens hier zum großen Teil unanwendbar sind. Verschont blieb nicht einmal das Rechtskraftsinstitut, das sich, wie

[7] Waiblinger N. 1. zu Art. 4; Berner GA. 3. S. 490.
[8] Vgl. auch die Ausführungen in BGE 33.1.418 u. ZbJV. 41.501.
[9] vom 24. Februar 1930.

so manches andere [10] auch, dem höhern Zweck des Verfahrens zu beugen hatte.

a) *Kinder* werden weder strafrechtlich verfolgt noch bestraft (Art. 15). Begehen sie jedoch eine Handlung, die das Gesetz unter Strafe stellt, so führt der Jugendanwalt darüber eine Untersuchung durch. Diese wird durch Beschluß beendigt, wodurch der Jugendanwalt die Untersuchung aufhebt oder aber über das fehlbare Kind eine Maßnahme verhängt (Art.16).

Der Beschluß des Jugendanwaltes wird nach Ablauf der 20-tägigen Rekursfrist formell rechtskräftig und damit vollstreckbar. Dagegen versagen ihm die Art. 11 und 16.6 und 7 die materielle Rechtskraft. Der Jugendanwalt hat für den Vollzug seiner Beschlüsse zu sorgen und ihn zu überwachen (Art. 10). Stellt sich dabei heraus, daß die getroffene Maßnahme unzweckmäßig ist oder den Verhältnissen nicht mehr entspricht, so hat es der Jugendanwalt in der Hand, sie von sich aus oder auf Antrag des gesetzlichen Vertreters des Kindes nach Durchführung einer neuen Untersuchung abzuändern oder durch eine andere zu ersetzen (Art. 11). Hat dagegen die Maßnahme ihren Zweck erreicht, so wird sie aufgehoben (Art. 16.6). Ferner kann sie vom Regierungsrat durch eine für die Jugendlichen vorgesehene Maßnahme ersetzt werden, sobald das Kind das 15. Altersjahr zurückgelegt hat (Art. 16.7).

Anders liegen die Dinge beim negativen Beschlusse. Findet der Jugendanwalt, daß eine strafbare Handlung nicht begangen worden ist, so hebt er die Untersuchung auf. Obgleich das Gesetz darüber keine weitern Worte verliert, glauben wir uns bedenkenlos für die analoge Anwendung der Bestimmungen über den Aufhebungsbeschluß nach Art. 184/5 StrV. aussprechen zu dürfen. Demnach wäre die Wiedereröffnung der Untersuchung nur dann zulässig, wenn neue Beweismittel oder Tatsachen gefunden werden, die eine Maßnahme gegenüber dem betreffenden Kinde gerechtfertigt erscheinen lassen. Dem Beschlusse die weitgehende materielle Rechtskraft eines Urteils beizulegen, müssen wir aus dem Grunde ablehnen, weil nach Art. 25 auch das Wiederaufnahmeverfahren nur gegen Urteile betreffend Jugendliche, nicht aber gegen Beschlüsse des Jugendanwaltes vorgesehen ist.

b) Verfahren gegenüber Jugendlichen.

Wo eine Voruntersuchung vorgeschrieben ist (vgl. Art. 18), wird sie vom Jugendanwalt durchgeführt. Nach Abschluß der Untersuchung stellt dieser dem zuständigen Gerichtspräsidenten Antrag auf Aufhebung des Verfahrens oder Ueberweisung an den Richter. Können sich die beiden Beamten nicht einigen, entscheidet endgültig der Generalprokurator (Art. 19).

[10] Z. B. die Staatsanwaltschaft, die Oeffentlichkeit, die Unmittelbarkeit.

Sowohl der Aufhebungs- als auch der Ueberweisungsbeschluß zeitigen dieselben Wirkungen wie im ordentlichen Strafverfahren. Materielle Rechtskraft kommt also nur jenem zu [11].

Wird die Voruntersuchung durch Ueberweisungsbeschluß beendigt, oder wird von einer solchen überhaupt abgesehen, so gelangt das Verfahren in das Stadium der Hauptverhandlung. Für die Hauptverhandlung werden subsidiär die Bestimmungen des ordentlichen Strafverfahrens anwendbar erklärt (Art. 22). Vorgesehen sind ebenfalls Appellation, Nichtigkeitsklage und Wiederaufnahme. Daraus könnte man zu folgern geneigt sein, daß die Urteile auch mit voller Rechtskraft ausgestattet seien. Gewiß, für die Freisprechung trifft diese Ueberlegung zu. Sie trifft auch zu für die Schuldigerklärung sowie für die Verurteilung zu einer Strafe; denn Strafen sind im Gegensatz zu Maßnahmen unabänderlich. Insofern aber durch das Urteil Maßnahmen ausgesprochen werden, entbehrt es kraft der ausdrücklichen Regelung in Art. 11 der materiellen Rechtskraft. Erweisen sich nämlich bei ihrem Vollzuge die Maßnahmen als unzweckmäßig, so können der Jugendanwalt und der gesetzliche Vertreter des Jugendlichen beim urteilenden Richter ihre Abänderung beantragen. Ueber diese Anträge wird in einer neuen Hauptverhandlung entschieden.

Abschließend können wir folgendes feststellen: Im «Strafverfahren» gegen Jugendliche und Kinder treten die Strafen gegenüber den Maßnahmen stark zurück. Einzig Buße und Verweis sind als Strafen anerkannt und auch nur gegenüber Jugendlichen. Da die Maßnahmen auf einen bestimmten Zweck zugeschnitten sind, und sie in der Erwartung ausgesprochen werden, daß sich dieser erfülle, daß z. B. der Fehlbare sich bessere, können sie weder ihrem Inhalte noch ihrer zeitlichen Dauer nach von vornherein eindeutig bestimmt werden. Ihre Abänderung oder Ersetzung muß, immer mit Rücksicht auf den zu verfolgenden Zweck, möglich sein, weshalb dem sie verfügenden Urteile materielle Rechtskraft versagt werden muß.

B. DIE IDENTITÄT DER TAT.
(materielle Voraussetzung).

§ 12. *Die subjektive Identität* (Identität der Parteien).

Die Identität der Tat setzt voraus, daß es sich subjektiv um den gleichen Täter, objektiv um dasselbe Geschehnis handelt. Der Grundsatz «ne bis in idem» verbietet eine zweite Strafverfolgung wegen derselben Tat nur gegenüber demselben frühern Angeschuldigten

[11] Ueber deren Umfang vgl. I des Paragraphen.

(Art. 4). Man bringt dies durch den Satz zum Ausdruck: res iudicata ius facit inter partes. Es erhebt sich allerdings die Frage, inwieweit auch die Identität des Anklägers zu fordern sei.

I. Die Identität des Anklägers.

Wenn Berner [1] die Identität des Anklägers nicht für erforderlich hält, im gleichen Atemzug aber feststellt, daß die Staatsanwaltschaft die Klage im Namen aller ausübe, so verkennt er die Tatsache, daß der Staatsanwalt als Organ des Staates auftritt. Durch ihn handelt der Staat, der in Wirklichkeit der Ankläger ist [2]. Solange wir uns im gleichen Staate befinden, stellt sich die Frage nach der Identität des Anklägers nicht. Wie dagegen auswärtige Urteile zu behandeln sind, haben wir in § 9 dargelegt.

Nun gewähren aber einzelne Prozeßgesetze auch dem Verletzten als Privatkläger eine Beteiligung am Verfahren und räumen ihm Parteirechte ein [3]. Der Privatkläger macht jedoch nicht einen eigenen Strafanspruch geltend, sondern denjenigen des Staates. Wenn er als Partei anerkannt wird, geschieht dies nur, um die Staatsanwaltschaft zu unterstützen oder zu entlasten. Die Strafverfolgung bleibt auch hier Recht und Pflicht des Staates, der sie zu Ende zu führen hat, auch wenn die Privatklage zurückgezogen werden sollte. Der Staat und nur er ist der Ankläger, einerlei ob er seinen Anspruch durch den Staatsanwalt oder durch den Privatkläger verfolgen läßt [4]. Der Beweis für die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aus deren Konsequenz, daß derjenige, der zur Privatklage berechtigt gewesen wäre, sein Klagerecht verliert, sobald das Verfahren auch ohne seine Beteiligung von Amtes wegen durchgeführt worden ist [5]. Wer darin, wie Beling, eine Härte erblickt, möge sich damit trösten, daß der Verletzte immerhin bis zum Schlusse der Parteiverhandlung in erster Instanz die Möglichkeit hat, in das Verfahren einzutreten.

II. Die Identität des Angeschuldigten.

Fast selbstverständlich erscheint es, daß das «Ne bis in idem» ausschließlich nur bei Identität des Angeschuldigten angerufen werden kann. Kommen mehrere Angeschuldigte in Betracht, sei es als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen, so liegen mindestens ebenso viele Prozeßgegenstände vor wie beschuldigte Personen [6].

---

1 GA. 3. S. 495.
2 Glaser II. S. 71; Stamm. S. 47.
3 Für den bernischen Strafprozeß vgl. die Art. 39 und 43 StrV.
4 Düwel S. 91.
5 Beling S. 264 ff; ZbJV. 47.366.
6 Beling S. 112.

Von diesem Prinzip glaubt Berner [7] eine Ausnahme zulassen zu dürfen für den Fall, daß die Bejahung des Strafanspruchs gegen einen Angeschuldigten die notwendige Voraussetzung für die Verurteilung eines andern bildet. «Ist durch ein erstes rechtskräftiges Urteil festgestellt worden, daß die angeschuldigte Tat gar nicht existiert, oder daß sie wenigstens nicht unter ein Strafgesetz fällt, so muß jeder, der später etwa als Teilnehmer an derselben Tat verfolgt werden soll, die Rechtskraft des Urteils für sich in Anspruch nehmen können.» Eine solche Ausnahme wäre einzig denkbar, wenn man auch den Motiven des Urteils Rechtskraft beilegen wollte, was wir in § 8. III. abgelehnt haben. Mit der herrschenden Meinung [8] ist an der Identität des Angeschuldigten als notwendiger Voraussetzung des Grundsatzes «ne bis in idem» festzuhalten.

Jedoch wird die Identität dadurch nicht aufgehoben, daß der Täter in einem der mehreren Prozesse unter falschem Namen, Stand, Beruf usw. aufgetreten ist. Maßgebend ist ausschließlich die Gleichheit der physischen Person, des menschlichen Individuums [9].

Sollte es einmal vorkommen, daß ein Täter unter falschem Namen verurteilt wird, so kann er für dieselbe Handlung unter seinem richtigen Namen nicht mehr verfolgt werden, sollte es sich auch herausstellen, daß er durch seine unrichtigen Angaben einer strengern Strafe entging, weil z. B. Vorstrafen unberücksichtigt geblieben sind.

§ 13. *Die objektive Identität* (eadem res).

Der Grundsatz «ne bis in idem» schützt den früheren Angeschuldigten vor einer neuen Verfolgung nur dann, wenn sich diese auf eine Tat bezieht, die schon rechtskräftig abgeurteilt ist [1]. Dies erfordert daher eine Vergleichung der «res in iudicium deducenda» mit der «res iudicata». Nur wenn beide identisch sind, bleibt dem Verdächtigen ein zweites Verfahren erspart. Da in der Praxis die Frage der objektiven Identität der Tat die meisten Schwierigkeiten bietet, werden wir sie mit besonderer Sorgfalt behandeln und ihr ein eigenes Kapitel widmen. (Vgl. das 4. Kapitel).

[7] Berner in GA. 3. S. 495; ebenso Planck, syst. Darstellung des deutschen Strafverfahrens, 1857.
[8] Heffter S. 16 f; Glaser, Verbrauch der Strafklage S. 314; Waiblinger zu Art. 4.
[9] Goltdamer GA. 3. S. 388 f; Sträuli N. 2 zu § 162.
[1] Vgl. § 7.

Viertes Kapitel.
DIE OBJEKTIVE IDENTITÄT DER TAT.

§ 14. Die Problemstellung.

I. Die Beleuchtung des Problems auf Grund der lex lata.

Im Einzelfall wird die Anwendbarkeit des «Ne bis in idem», wie wir schon in § 7 festgestellt haben, vom Umfang der Rechtskraft eines Urteils bestimmt. Insoweit eine Strafsache rechtskräftig beurteilt ist, besteht das Verbot einer neuen Untersuchung.

De lege lata läßt sich der Umfang der Rechtskraft sehr oft aus denjenigen Normen ableiten, welche den Gegenstand des Urteils umschreiben. Denn die Handlung eines Täters ist immer dann mit einer bereits abgeurteilten identisch, wenn sie im ersten Verfahren Gegenstand der Urteilsfindung war [1]. Aus der Umgrenzung des Urteilsgegenstandes läßt sich also der Umfang der Rechtskraft bestimmen [2]. Bestimmt eine Strafprozeßordnung, daß die in der Anklage enthaltene Tat in der dort festgestellten rechtlichen Qualifikation als Gegenstand der Urteilsfindung zu betrachten sei, wird man daraus den Schluß ziehen, daß auch die Rechtskraft nur eine beschränkte ist, und daß die Erhebung derselben Anklage unter einem andern rechtlichen Gesichtspunkt für zulässig gehalten werden muß [3]. Jede andere Lösung müßte als Hohn auf die Gerechtigkeit betrachtet werden [4]. Unterläßt es jedoch das Gesetz, den Richter bei der rechtlichen Würdigung der Tat an deren Bezeichnung in der Anklage (Eröffnungsbeschluß oder Anzeige) zu binden, dann brauchen wir auch keine Bedenken zu hegen, die Rechtskraft des Urteils auszudehnen und jede neue Verfolgung derselben Handlung, erfolge sie auch unter einem andern rechtlichen Gesichtspunkt, für unzulässig zu erachten.

Die beiden Beispiele dürften genügen, um auf den Zusammenhang hinzuweisen, der zwischen dem Umfang der Rechtskraft, also des «Ne bis in idem», einerseits und dem Verhältnis des Urteils zur Anklage andrerseits besteht. Dieses Verhältnis werden wir deshalb noch näher zu untersuchen haben.

---

1 Bennecke-Beling S. 412.
2 Kohlrausch Anm. zu § 264 StrPO.
3 Stämpfli ZbJV. 49.620 ff. Berner in GA. 3. S. 493. Lohsing S. 492.
4 Einige krasse Beispiele werden angeführt in Pfenninger S. 233 ff.

II. Die Betrachtungsweise de lege ferenda.

Wenn wir auch anhand einer positiven Gesetzgebung aus der Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Anklage und Urteil bis zu einem gewissen Grade über den Umfang der Rechtskraft Auskunft erhalten können, so bedeutet das keineswegs, daß der Umfang der Rechtskraft eine Folge jenes Verhältnisses sei. Es steht fest, und das möchten wir hier noch einmal betonen, daß die Rechtskraft ihre Wurzeln nicht im Strafprozesse schlägt, daß weder sie noch ihr Umfang sich deshalb aus der Ausgestaltung des Verfahrens bestimmen lassen. Vielmehr haben wir in der Rechtskraft ein Postulat der Rechtssicherheit kennengelernt, dessen Umfang von der Interessenkollision zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit beeinflußt wird. Wenn nun der Gesetzgeber an die Normierung des Strafprozesses herantritt, muß er zuerst den Umfang der Rechtskraft bestimmen und dann erst an die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Anklage und Urteil denken. Wenn wir aus diesem etwas über den Umfang der Rechtskraft erfahren können, geschieht dies nicht in der Form von Folgerungen, sondern von Rückschlüssen. Denn wir wissen, daß der Gesetzgeber dieses Verhältnis auf den Umfang der Rechtskraft zugeschnitten hat [5].

III. Das Problem vom Standpunkt des bernischen Rechtes aus beleuchtet.

Auf die Frage, in welchem Maße der urteilende Richter an die in der Anklage festgestellte Tat gebunden sei, gibt uns das bernische Strafverfahren in Art. 255 eine ausdrückliche Antwort:

> «Gegenstand des Urteils ist die im Ueberweisungsbeschluß und, wo ein solcher nicht vorliegt, die in der Anzeige erwähnte Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt. Der Richter ist an die der Tat im Ueberweisungsbeschluß oder in der Anzeige beigelegte Bezeichnung nicht gebunden.»

Diese Umschreibung des Urteilsgegenstandes läßt mit Leichtigkeit gewisse Rückschlüsse auf den Umfang der Rechtskraft zu. Es wird doch niemand bestreiten wollen, daß die Rechtskraft die Tat als solche, ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Qualifikation, umfaßt. Ebensowenig wird aber jemand bestreiten können, daß die Bestimmung uns über die Frage nur ungenügenden Aufschluß gibt, in welchem Umfange der Richter an die *tatsächlichen* Feststellungen des Eröffnungsbeschlusses oder der Anzeige gebunden sei. Zugegeben, daß uns die Vorschriften über die Ausdehnung der Strafverfolgung

[5] Glaser in G.S. 36. S. 119. Ebenso nimmt das deutsche Reichsgericht nach den Motiven zu § 263 (neu § 264) StrPO an, daß dem Richter die weitgehende Befugnis zur Umgestaltung der Klage gerade *deswegen gewährt worden sei*, um die Anwendung des «Ne bis in idem» zu ermöglichen. Vgl. Stämpfli S. 612 ebenfalls ZbJV 49.646.

gewisse Anhaltspunkte bieten [6]. Sie verweigern uns jedoch gerade über die Hauptfrage, wann menschliche Handlungen als eine einheitliche Tat zu gelten haben, und wann sie eine Mehrheit von Taten darstellen, jegliche Auskunft. Somit gestatten sie uns auch keine restlose Umgrenzung der Rechtskraftswirkungen. Eine solche wird sich auch im Einzelfall nur dann finden lassen, wenn der Richter sich von den Gesichtspunkten leiten läßt, die er als Gesetzgeber befolgen würde.

§ 15. Das Verhältnis der Anklage zum Urteil.

I. Die Bedeutung dieses Verhältnisses.

Bei der Festlegung des Verhältnisses, in dem das Urteil zur Anklage stehen soll, wird sich der Gesetzgeber in erster Linie vom Zweck leiten lassen, den er durch diese Normierung zu erreichen sucht, und der darin besteht, der Rechtskraft einen zweckmäßigen und vernünftigen Umfang zu gewährleisten. Die richtige Ausgestaltung des genannten Verhältnisses ist also vor allem ein Mittel zur Erreichung eines durch die Rechtssicherheit geforderten Zweckes.

Dem Verhältnis von Anklage und Urteil kommt überdies noch eine andere Bedeutung zu. Die Anklage, worunter im bernischen Strafverfahren der Eröffnungsbeschluß bzw. die Anzeige zu verstehen ist, soll dem zu verfolgenden Strafanspruch Form und Inhalt geben, so daß sie als zuverlässige Verhandlungs- und Urteilsgrundlage dienen kann [1]. Sie soll, mit andern Worten, den Gegenstand des Verfahrens identifizieren. Der Angeschuldigte soll wissen, welcher Vorfall ihm vorgeworfen wird und muß gestützt darauf seine Verteidigung gestalten können. Bildet die unveränderte Anklage den Urteilsgegenstand, dann ist auch das Verteidigungsrecht des Angeschuldigten gewahrt. Wird indessen eine allzu große Abweichung von der Anklage gestattet, so werden die Rechte des Angeschuldigten in vielleicht unzulässiger Weise geschmälert [2].

Der Gesetzgeber und die Gerichtspraxis haben bei der Normierung des Verhältnisses von Anklage und Urteil also auch darauf zu achten, daß dem Angeschuldigten seine Verteidigungsrechte im vollen Umfange erhalten bleiben.

II. Ausgestaltungsmöglichkeiten.

Die meisten modernen Gesetze kleiden die Strafverfolgung, wenigstens im Haupt- und Rechtsmittelverfahren, in die Form des

[6] Art. 100 und 101 für das Verfahren vor dem Einzelrichter; Art. 251,2 für dasjenige vor Amtsgericht, Art. 290 für das Verfahren vor Geschworenengericht und Kriminalkammer.

1 Lohsing S. 420.

2 Stamm S. 31 ff.

Anklageprozesses. Die strikte Durchführung des Akkusationsprinzipes würde dahin führen, daß der Richter nur über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des vom Ankläger geltend gemachten Strafanspruches zu entscheiden hätte [3]. In allen Fällen, in denen beim Hervortreten neuer Tatsachen oder neuer rechtlicher Gesichtspunkte der vom Richter als begründet erkannte Strafanspruch mit dem in der Anklage erhobenen nicht mehr in vollständiger Uebereinstimmung stände, müßte der Angeschuldigte von der Anklage freigesprochen werden. Der Richter hätte nur die Frage zu prüfen, ob die Anklage buchstäblich richtig sei [4]. Das Anklageprinzip im Strafverfahren derart auf die Spitze treiben zu wollen, hieße das Wesen des (formellen und materiellen) Strafrechts verkennen. Mit Recht nennt Burckhardt eine solche Uebertreibung Doktrinarismus [5].

Dagegen darf man auch nicht von einem Extrem ins andere fallen. Von der Anklage darf nicht willkürlich abgewichen werden. Sie darf nicht nur den Anlaß bieten, um den Angeschuldigten für eine ganz andere Tat zu bestrafen [6]. Nicht nur bestände die Gefahr, daß durch ein solches Vorgehen das Verfahren unübersichtlich, schwerfällig, vielleicht sogar überlastet würde; viel bedenklicher wäre der Umstand, daß die Verteidigungsrechte des Angeschuldigten in hohem Maße gefährdet würden [7].

Wie so oft ist auch hier der goldene Mittelweg der richtige. Die in der Anklage enthaltene Anschuldigung bezieht sich normalerweise immer auf einen historischen Vorfall, der dem Angeschuldigten zur Last gelegt wird. Die Anklage stützt sich auf eine Handlung des Angeschuldigten, die sich aus verschiedenen Teilen zusammensetzt, die verschiedene Richtungen und Erfolge aufweist und mit mancherlei Umständen verbunden sein kann [8]. Dieser Komplex ist es, worüber der Angeschuldigte Rechenschaft schuldig ist; dieser physisch einheitliche Vorgang ist es, den der Richter zu würdigen und zu beurteilen hat. Gegenstand des Urteils ist demnach die Handlung des Täters in ihrer physischen, tatsächlichen Einheit, nicht in einer bestimmten juristischen Gestalt [9]. Gegenstand des Urteils ist, wie das deutsche Reichsgericht in EDR 56.324 richtig definiert hat, das geschichtliche Vorkommnis, worunter aber nicht nur «die einzelne im Ueberweisungsbeschluß hervorgehobene Betätigung, sondern das ganze Tun des Angeschuldigten zu verstehen sei, soweit es sich mit jenem verknüpfe und einen einheitlichen Vorgang darstelle».

---

[3] Barbarino S. 92; Lohsing S. 492; Küssner S. 206.
[4] Glaser G.S. 36. S. 82.; Küssner S. 206.
[5] Burckhardt, Organisation S. 206.
[6] Glaser G.S. 36. S. 83; Waiblinger zu Art. 255.
[7] Dies ist auch der Standpunkt des bernischen Obergerichtes in Z. 70.275.
[8] Heffter S. 17.
[9] Glaser in G.S. 36. S. 89/90; Heffter S. 17; EDR. 51.242.

Das Verhältnis zwischen Anklage und Urteil wäre demnach so zu gestalten, daß der Richter bei der Beurteilung der Anklage einzig an den einheitlichen historischen Vorgang [10], an die einheitliche physische Handlung, die in der Anklage — vielleicht auch nur teilweise — erwähnt ist, gebunden wird. Wenn wir dieses Verhältnis als ideal bezeichnen möchten, so bleibt dies vorläufig eine Behauptung. Für deren Richtigkeit werden wir im folgenden Paragraphen den Beweis antreten.

III. Die Lösung des bernischen Rechtes.

Die Lösung, die Art. 255 StrV. getroffen hat, entspricht durchwegs dem soeben beschriebenen Verhältnis der Anklage zum Urteil [11]. Die den Gegenstand des Urteils bildende «Tat» ist das im Ueberweisungsbeschluß bzw. in der Anzeige umschriebene tatsächliche Geschehnis, wie es sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt. Daß im Gesetz dieser Zusatz ausdrücklich aufgenommen wurde, weist darauf hin, daß man das Gericht von einer engen Bindung an die Tatumschreibung der Anklage befreien wollte. Der urteilende Richter ist demnach befugt, die Tat des Angeschuldigten nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatbeständlicher Hinsicht frei zu würdigen. Er hat das Recht und die Pflicht [12], alle sich aus der Hauptverhandlung ergebenden Tatsachen und Umstände zu berücksichtigen, auch wenn sie im Ueberweisungsbeschluß oder in der Anzeige nicht erwähnt waren [13]. Voraussetzung ist nur, daß das tatsächliche Geschehnis, der dem Angeschuldigten zur Last gelegte Vorfall, mit dem in der Anklage enthaltenen übereinstimmt. Die Verteidigungsrechte des Angeschuldigten werden nach Art. 255.3 dadurch gewahrt, daß er auf Grund anderer Strafbestimmungen als der im Ueberweisungsbeschluß enthaltenen nicht verurteilt werden darf, bevor er auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes aufmerksam gemacht, und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben worden ist.

Wenn der bernische Strafprozeß, der sich in seinem Haupt- und Rechtsmittelverfahren auf das Anklageprinzip stützt, dem Richter eine so weitgehende selbständige Prüfungsbefugnis eingeräumt hat, so ist dies der Anerkennung der Offizialmaxime zu verdanken. Hierin liegt ein Beweis dafür, daß eine Verbindung des Anklageprozesses mit der Offizialmaxime unter Umständen zu erfreulichen Ergebnissen führen kann. Zwar entspricht grundsätzlich die Offizialmaxime dem Inquisitionsprozeß, die Verhandlungsmaxime dem Anklageverfahren. Davon werden wir aber immer dann eine Ausnahme zu machen haben, wenn öffentliches Recht auf dem Wege des

[10] Ueber die Bestimmung dieser Einheit vgl. §17.
[11] Ebenso BStrRPfl. Art. 169 und 170.
[12] Glaser II. S. 35. Urteil des Obergerichts in ZbJV. 49.646.
[13] Waiblinger zu Art. 255. Krebs N. 3 zu Art. 256.

Akkusationsprozesses angewendet werden soll. Es ist dies ein Eingeständnis an den zwingenden Charakter des öffentlichen Rechts.

Ungewißheit schaffte eine Zeitlang die Frage, ob denn die weitgehende Prüfungsbefugnis und Selbständigkeit des Gerichtes auch nicht vor den Sonderbestimmungen des Schwurgerichtsverfahrens Halt machten. Bekanntlich verbietet Art. 290 StrV. eine Ausdehnung der Strafverfolgung in der Hauptverhandlung sowohl bei subjektiver als auch bei objektiver Konnexität. Dieser Artikel bezieht sich indessen nur auf Tatbestände, die im Ueberweisungsbeschluß in keiner Weise genannt sind, auf welche dieser überhaupt nicht Bezug nimmt, auf neuentdeckte selbständige Delikte, deren Aburteilung auch vor Amtsgericht oder Einzelrichter einen Ausdehnungsbeschluß notwendig machen würden [14]. Für die eigentliche Würdigung der Tat gilt für das Geschworenengericht dasselbe wie für den Einzelrichter und das Amtsgericht.

§ 16. Das Verhältnis einer durch rechtskräftiges Urteil erledigten Anklage zu einer neuen Anklage.

I. Seine Beziehung zum Verhältnis Anklage-Urteil.

Darüber bestehen keine Zweifel, daß das Verhältnis der Anklage zum Urteil für dasjenige der rechtskräftig erledigten Anklage zu einer neuen Anklage von erheblicher Bedeutung ist. Betrachtet man das Urteil als Antwort auf die Frage, ob der Angeschuldigte die in der Anklage wörtlich umschriebene Tat in der ihr dort beigelegten rechtlichen Bezeichnung begangen habe, muß man es auch zulassen, daß bei Verneinung dieser Frage eine neue Anklage in anderer rechtlicher oder tatbestandlicher Beleuchtung erhoben wird. Andernfalls wären die Ungerechtigkeiten, denen diese Auffassung Tür und Tor öffnen würde, zu groß. Eine Beschränkung der richterlichen Prüfungsbefugnis auf die «in einen bestimmten strafrechtlichen Rahmen gefaßte Tat», auf das «crimen» oder «fait qualifié», hätte eine analoge Begrenzung der Rechtskraft zur Folge. Denn die Rechtskraft kann sich nicht auf Tatbestände beziehen, deren Erörterung dem Gerichte versagt ist. Da aber das «Ne bis in idem» eine Wirkung der Rechtskraft ist, könnte es eine neue Verfolgung der Tat unter einem Gesichtspunkte, der vom Gericht im früheren Verfahren nicht ins Auge gefaßt werden dürfte, nicht verhindern. Gewiß entspräche die Möglichkeit wiederholter Verfolgungen dem

[14] ZbJV. 66.43; Stamm S. 53; dasselbe geht auch aus Art. 293 Z.ff. 1 und 2 hervor, wonach das Geschworenengericht zu untersuchen hat, welche Handlungen (ganz allgemein) der Angeklagte begangen habe, und unter welches Strafgesetz diese fallen.

Interesse der Gerechtigkeit. Allein, die Rechtssicherheit würde dadurch dermaßen getroffen, daß diese Lösung abgelehnt werden muß. Unter einer solchen Bedingung hätte das «Non bis in idem» seinen Sinn verloren. Dieselben Gründe, die für den Grundsatz überhaupt sprechen, verbieten uns eine Beschränkung der Rechtskraft im Sinne obiger Ausführungen.

Betrachtet man umgekehrt als Gegenstand des Urteils überhaupt jede Handlung des Täters ohne Rücksicht darauf, ob sie in der Anklage erwähnt ist oder nicht, so muß man entweder auch die Rechtskraft des Urteils in gleicher Weise auf alle vor dem Urteil begangenen Taten erstrecken oder aber den zivilprozessualen Satz anerkennen, wonach Urteile insoweit der Rechtskraft fähig sind, als über den Anspruch entschieden worden ist [1]. Beide Lösungen sind gleicherweise ungeeignet, Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zu befriedigen. Abgesehen davon, daß einerseits durch eine Ueberlastung des Verfahrens die Erreichung des Prozeßzieles selbst in Frage gestellt würde, und daß andrerseits die Verteidigungsrechte des Angeschuldigten aufs äußerste gefährdet erschienen, bereitete auch das Problem die größten Schwierigkeiten, auf welche Weise man die Rechtskraft umgrenzen solle [2]. Soll sich diese auf alle vor dem Urteil liegenden Taten erstrecken oder nur auf diejenigen Bestandteile, die das Gericht ausdrücklich erörtert hat? Die Wirkungen der Rechtskraft sind aber zu tief und zu weitgehend, als daß man sich erlauben dürfte, auf ihre möglichst genaue Umschreibung zu verzichten.

Als einzig gangbaren Weg verbleibt uns somit noch die Möglichkeit, die physisch einheitliche Tat, das «factum», zum Gegenstand der Urteilsfindung zu machen. Es ist dies auch die Lösung, die von der Mehrzahl der Theoretiker vorgeschlagen und von den meisten modernen Gesetzgebungen und der Gerichtspraxis befolgt worden ist.

II. Identität einer neuen Anklage mit einer bereits erledigten.

Die Anschauungen über das Problem, wann eine Anklage mit einer bereits erledigten identisch zu nennen sei, haben in Deutschland eine ganz eigenartige Entwicklung durchgemacht. Diese kennzeichnet sich im allgemeinen dadurch, daß die Gerichtspraxis von einer zu largen Auffassung über die Identität zu einer engern, die Theorie umgekehrt von einer zu engen zu einer gemäßigteren übergegangen ist. Die Entwicklung in der Wissenschaft und die in der Rechtsprechung verliefen umgekehrt proportional.

---

[1] dt. CPO § 322; vgl. darüber Bennecke-Beling S. 412 ff.
[2] Küssner S. 206.

Wenn man Literatur und Judikatur durcharbeitet, so findet man in der Hauptsache zwei Ansichten über die Identitätsfrage vertreten. Beide haben eine stattliche Zahl von Anhängern gefunden; beide sind sowohl in verschiedenen Strafprozeßgesetzen als auch durch die Rechtssprechung zu Ehren gekommen.

1. Zur Zeit, da die Identität vom deutschen Reichsgericht so weit interpretiert wurde, daß eine ganze Anzahl von Entscheidungen der Gerechtigkeit spotteten, brach sich in der Theorie mehrheitlich folgende Auffassung Bahn:

«Eine Anklage ist mit einer bereits abgeurteilten identisch, wenn sie sich auf den Tatbestand und auf die rechtliche Qualifikation, kurz auf das crimen stützt, das im 1. Urteil ausdrücklich erörtert worden ist [3].»

Vertreten wird diese Meinung nicht nur von denjenigen Autoren, die schon den Urteilsgegenstand auf ein crimen begrenzen [4], sondern auch von solchen, die grundsätzlich dem Richter in tatbeständlicher und rechtlicher Hinsicht freie Ueberprüfungsbefugnis belassen wollen. Sie gehen dabei von der Ueberlegung aus, daß der Richter zwar die ganze physisch einheitliche Tat, das factum, zu untersuchen berechtigt, vielleicht sogar verpflichtet sei, daß sich aber die Rechtskraft niemals auf solche Bestandteile dieses factums beziehen könne, die sei es aus Nachlässigkeit oder Unwissen, sei es infolge rechtlicher oder tatsächlicher Unmöglichkeit, der Richter zu prüfen unterlassen habe [5]. Um den Umfang der Rechtskraft festzustellen, wäre man genötigt, im Einzelfall auf die Motive des Urteils zurückzugehen, da aus dem Dispositiv nicht ersichtlich ist, welche Tatbestandsmerkmale und welche rechtlichen Gesichtspunkte vom Gericht erörtert worden sind. Daß ein solches Studium über den Umfang der Rechtskraft oft zeitraubend und kompliziert wäre, liegt auf der Hand. Diesem Uebelstand glaubte Küssner [6] abhelfen zu können, indem er noch einen Schritt weiter ging und behauptete, daß es bei der Frage über die Zulässigkeit einer neuen Verfolgung ganz allein auf den Inhalt des frühern Urteils (gemeint ist das Dispositiv) ankomme. Er stellt folgende Ueberlegung an: Das Urteil ergeht immer nur über ein qualifiziertes Faktum. Dies gilt ungeachtet der kleinern oder größern Prüfungsbefugnis des Richters. Das Urteil spricht z. B. den A von der Anschuldigung des Diebstahls frei, oder es erklärt den B des Mordes schuldig. Aber immer spricht es sich über ein bestimmtes qualifiziertes Faktum aus. Wenn A von

[3] Binding Abh. II. S. 328; Küssner S. 207; Ortloff GA. 26. S. 188. In neuerer Zeit setzen sich in der Schweiz für dieses Prinzip ein: Staub S. 1; Stamm S. 45.

[4] wie Binding S. 328 und Ortloff GA. 26. S. 188.

[5] Stamm S. 45. Derselben Meinung v. Kries S. 600 bezüglich des Kollektivdeliktes; Biener; Das englische Geschworenengericht, Band 2, S. 212 f, zit. in Küssner S. 206; Reiffel GA. 42. S. 90 für Idealkonkurrenzfälle.

[6] G.A. 3. S.205/7.

der Anschuldigung des Diebstahls freigesprochen wird, so bedeutet dies nicht, daß er auch von der des Betruges oder der Unterschlagung, welche Delikte vielleicht durch seine Handlung realisiert worden sind, freigesprochen ist. Daher kann ein anderes qualifiziertes Faktum sehr wohl Gegenstand einer neuen Anklage werden.

Daß die Erneuerung der Anklage unter einem andern rechtlichen Gesichtspunkt den Anforderungen der Rechtssicherheit widerspricht, haben wir am Anfang des Pragraphen dargelegt.

2. Untersuchen wir nun die gegenteilige Ansicht, der das deutsche Reichsgericht von jeher gehuldigt hat, und die dank der allzu weiten Auslegung, welche sie eine Zeitlang erfahren hat, in der Wissenschaft eine heftige Opposition hervorgerufen hat.

«Eine Anklage ist dann mit einer bereits abgeurteilten identisch, wenn sie sich auf dasselbe factum, denselben physisch einheitlichen Vorfall, bezieht wie die erste [7].»

Diese, nach unserer Ansicht richtige Auffassung, läßt sich nur unter bestimmten Voraussetzungen rechtfertigen. Einmal stellt sie an das Verfahren gewisse Anforderungen, deren wichtigste in der freien und umfassenden Prüfungsbefugnis des Richters sowohl hinsichtlich des Tatbestandes als auch des rechtlichen Gesichtspunktes besteht. Sodann verdoppelt sie die Pflichten des Richters und erhöht sie seine Verantwortung. (Darüber wird unter III noch zu sprechen sein.) Ueberdies verheimlichen wir uns nicht, daß auch sie uns Schwierigkeiten bietet, vornehmlich bezüglich der Frage, wie der Prozeßgegenstand abzugrenzen sei, d. h. was man unter der physischen Einheit menschlichen Handelns zu verstehen habe. Mit dieser Frage werden wir uns in den nächsten Paragraphen beschäftigen. Hier sei nur noch erwähnt, daß diese Auffassung den Geboten der Rechtssicherheit am besten entspricht. Begeht der Täter irgendeine Handlung, und hat er sich dafür vor Gericht verantwortet, soll ein zweites Verfahren ausgeschlossen sein. Vom Standpunkt des Nichtjuristen aus ist es dabei gleichgültig, welche juristische Qualifikation man der Tat beigelegt hat. Maßgebend für ihn ist nur die physische Einheit der Tat. Wenn eine Handlung gerichtlich abgeurteilt ist, dann nimmt der gewöhnliche Bürger mit Recht an, es sei die Tat in ihrer physischen Einheit erledigt worden. Er würde es kaum verstehen, daß der Täter für seine Handlung ein zweites Mal verfolgt wird, nur weil der Jurist die physisch einheitliche Tat unter einem rechtlich oder tatbeständlich andern Gesichtswinkel betrachtet.

---

[7] Beling S. 264 ff. Bennecke-Beling S. 412 ff. Bockshammer S. 3 und 9. Berner GA. 3. S. 494. Glaser II. S. 27. Pfenninger S. 236. Stämpfli ZbJV. 49.620. EDR 56.325.
Ebenso v. Kries S. 599 außer für Kollektivdelikte.

III. Die Richterpflicht.

Die von uns vorgeschlagene Lösung könnte leicht zu Ungerechtigkeiten führen, wenn man nicht der Ausgestaltung der Richterpflichten die größte Aufmerksamkeit schenkte. Die Tatsache läßt sich nicht verleugnen, daß unter Umständen gewisse Handlungen, die aus irgendeinem Grunde der richterlichen Würdigung entgingen, dennoch als rechtskräftig beurteilt gelten, weil sie zur physischen Einheit der Tat gehören. Binding hat nicht ganz unrecht, wenn er bemerkt, daß in einem einheitlichen historischen Vorgang eine Menge von Verbrechen stecken können, von denen eine Anzahl vielleicht erst später erhelle [8]. Ebenso befürchtet Stamm, daß eine Ausdehnung des Grundsatzes «ne bis in idem» nicht nur auf das, worüber geurteilt wurde, sondern auch auf die Tatsachen, worüber hätte geurteilt werden sollen, zu einer unbefriedigenden Lösung führen müsse [9]. Diese Bedenken sind in der Tat nicht ganz unbegründet. Sie werden uns denn auch zwingen, nach einer vernünftigen Abgrenzung der physischen Tat zu suchen.

Urteilsgegenstand ist die physische Tat in ihrer Gesamtheit, auch wenn die Anklage auf ein bestimmtes Delikt lautet, das nur einen Teil jener Tat darstellt. Hinsichtlich dieser physischen Tat wird die erhobene Strafklage durch die rechtskräftige richterliche Entscheidung vollkommen und nach allen bei ihr möglichen strafrechtlichen Gesichtspunkten erledigt. Ob in Wirklichkeit die verschiedenen Gesichtspunkte ohne Ausnahme berücksichtigt und erörtert worden sind, spielt keine Rolle [10]. Das Urteil spricht sich nicht nur über das in der Anklage enthaltene Delikt, sondern über die gesamte physische Tat aus. Soweit also nicht eine Verurteilung erfolgt, liegt in ihm eine latente Freisprechung bezüglich aller möglicher Gesichtspunkte, gleichgültig ob sie erörtert wurden oder nicht [11]. (Allerdings mit der Einschränkung daß das Gericht zu deren Berücksichtigung befugt war.) Bezüglich der ganzen physischen Tat gilt: «Ne bis in idem».

Daraus resultiert für die Strafverfolgungsbehörden, insbesondere für den urteilenden Richter, die Pflicht, den zur Beurteilung stehenden Tatbestand in seiner Gesamtheit zu würdigen und durch *ein* Sachurteil oder durch *einen* Beschluß zu erledigen [12].

In diesem Zusammenhange wollen wir dem Leser die Anschauung der bernischen Strafkammer nicht vorenthalten. Ueber den Umfang des «Ne bis in idem» und seine Folgen auf die Richterpflicht führt es in ZbJV. 49.646 dem Sinne nach folgendes aus:

---

[8] Binding Abh. II. S. 328.
[9] Stamm S. 45.
[10] EDR 56.325.
[11] Bennecke-Beling S. 416/7.
[12] Waiblinger zu Art. 4.

«Das Gericht ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, von Amtes wegen alle sich ergebenden Tatumstände in Betracht zu ziehen und die Tat nach allen bei ihr möglichen strafrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Es hat von Amtes wegen für die Feststellung der materiellen Wahrheit zu sorgen. Dieser Obliegenheit hat es ohne Rücksicht auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit zu genügen. Sollte diese nicht gegeben sein, so hat Ueberweisung an die zuständige Behörde zu erfolgen.

Diese weitgehende Prüfungsbefugnis und die Möglichkeit, eine Tat so zu qualifizieren, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt, wurde dem Gerichte gewährt, um die Anwendung des «Ne bis in idem» in vollem Umfange sicher zu stellen. Man wollte verhindern, daß eine und dieselbe Tat, ein und derselbe Vorgang, wiederholt zum Gegenstande einer Anklage gegen die gleiche Person gemacht werde. Hieraus folgt, daß das Strafklagerecht in dem Umfange verbraucht wird, und daß die Herrschaft des «Ne bis in idem» soweit reicht, als sich bei der frühern Entscheidung die Befugnis des Gerichtes zur Ueberprüfung und Aburteilung des Falles erstreckte. Durch das Urteil wird die erhobene Strafklage nach allen bei ihr möglichen strafrechtlichen Gesichtspunkten erledigt, gleichviel, ob diese sämtlich in den Entscheidungsgründen eine ausdrückliche Erörterung gefunden haben oder nicht.»

IV. Ergebnis.

Da nach bernischem Recht einerseits die physische Tat in ihrer Gesamtheit als Urteilsgegenstand hingestellt wird, andrerseits der Richter verpflichtet ist, den Urteilsgegenstand ungeteilt seiner Prüfung zu unterziehen, muß sich auch die Rechtskraft des Urteils auf den gesamten Gegenstand, auf die physische Tat, erstrecken. Ungerechtigkeiten, die nach der Meinung verschiedener Autoren durch diese Lösung begünstigt werden, lassen sich weitgehend vermeiden, wenn der Richter die Untersuchung in der ihm vorgeschriebenen umfassenden Weise durchführt. Eine Einschränkung haben wir schon angedeutet. Die Rechtskraft läßt sich nur in dem Umfange rechtfertigen, in dem der Richter den Urteilsgegenstand geprüft hat, wobei durch eine praesumptio iuris et de iure angenommen wird, der Tatbestand sei soweit erörtert worden, als der Richter dazu verpflichtet und berechtigt war. Nun sind aber Fälle denkbar, in denen der Richter nicht berechtigt, geschweige denn verpflichtet ist, seine Untersuchung auf den gesamten Gegenstand auszudehnen. Unter Umständen kann der Richter auch infolge tatsächlicher Unmöglichkeit an der vollständigen Ueberprüfung des Tatbestandes verhindert sein. Wie in solchen Fällen zu entscheiden ist, werden wir im folgenden Paragraphen unter V. untersuchen.

Das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchungen läßt sich in dem

Satz zusammenfassen: Der Begriff der Identität ist im Verhältnis der durch rechtskräftiges Urteil erledigten Anklage zu einer neuen Anklage kein anderer als im Verhältnis von Anklage und Urteil [13].

§ 17. Kennzeichen zur Bestimmung der Identität.

I. Prozessualer Maßstab.

Verschiedentlich wurde versucht, die Identität der Tat auf prozessuale Weise zu bestimmen. Tonangebend war das deutsche Reichsgericht, dessen Ansicht auch in der Wissenschaft großen Anklang fand und in mehr als einem Urteil der bernischen Strafkammer zur Geltung kam. Die Grundlage seiner Theorie sieht das Reichsgericht in der Regel, daß das «Ne bis in idem» soweit reiche, als sich bei der frühern Entscheidung die Befugnis des Gerichtes zur freien Ueberprüfung des Sachverhalts, also zur Umgestaltung der Strafklage, erstreckt habe. Gleichweit wie das Recht und die Pflicht des Gerichtes, seine Entscheidung auszudehnen, reiche auch das «Ne bis in idem» [1].

Welche Rückschlüsse lassen sich denn daraus für die Bestimmung der Identität ziehen? Wohl wird man sagen können, daß Identität dann vorhanden sei, wenn die Prüfung und Aburteilung der neu eingeklagten Tat unter Berücksichtigung der gerichtlichen Klageumgestaltungsbefugnis schon in einem frühern Verfahren möglich gewesen wäre. Damit haben wir aber nichts gewonnen, denn noch bleibt die Frage unbeantwortet, in welchem Rahmen die Klage umgestaltet werden könne. Für das bernische Recht gibt uns Art. 251 StrV. einen Fingerzeig. Die Ausdehnung der Strafverfolgung auf neu entdeckte strafbare Handlungen des Täters ist nur durch Ausdehnungsbeschluß möglich, der an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist. Daraus läßt sich ableiten, daß überall da, wo eine Ausdehnung nach Art. 251 hätte erfolgen müssen, oder aber eine solche durch Art. 290 verboten wird, die Identität verneint werden muß. Niemals sind zwei Handlungen identisch, die zu einander im Verhältnis der Realkonkurrenz stehen [2]. Damit ist jedoch über die Abgrenzung zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit noch nichts gesagt. Das Reichsgericht anerkennt denn auch ohne weiteres, daß sich die Grenzen seiner Klageumgestaltungsbefugnis nicht durch eine allgemeine juristische Formel bestimmen ließen. Vielmehr sei

13 Bockshammer S. 3; v. Kries Lehrbuch S. 599 (allerdings mit einigen Bedenken); Glaser II. S. 73.

1 Ausgesprochen in EDR 7.230; 15.133; 54 .299; 51.242. ZbJV. 36.319; 41.501; 49.646. Kohlrausch Anm. zu § 264 StrPO. Glaser II. S. 65. Bockshammer S. 2. Pfenninger S. 236.

2 Waiblinger Anmerkung zu Art. 255.

die Frage in jedem Einzelfalle vom Gerichte zu entscheiden. Dem freien richterlichen Ermessen wird ein großer Spielraum gewährt. Wenn Berner [3] bemerkt, das Reichsgericht habe in diesem Punkt die Prinziplosigkeit als Prinzip aufgestellt, so hat er gar nicht so unrecht. In vielen Fällen, wo die Anwendung des «Ne bis in idem» eine allzu krasse Ungerechtigkeit hervorgerufen hätte, half man sich damit, daß das Vorliegen der Identität verneint wurde. Diese Praxis wurde nicht nur in Deutschland befolgt, sondern sie wurde auch vom französischen Kassationshof übernommen [4] und kommt ebenfalls in gewissen Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts und des bernischen Obergerichts zum Ausdruck [5].

Nach der Ansicht des Reichsgerichts ist demnach die Beantwortung der Frage, wie weit eine Strafklage umgestaltet werden dürfe, ohne auf eine reell konkurrierende Tat überzugreifen, Sache des Gerichtes. Für Zweifelsfälle empfiehlt Glaser [6], man solle untersuchen, ob für den Angeschuldigten die Abweichung von der Anklage nicht immer noch eine geringere Härte bedeute als die Zulassung einer zweiten Klage hinsichtlich der neu hervortretenden Tatsachen.

Die Regel, daß die Erhebung einer neuen Anklage insoweit unzulässig sei, als im frühern Verfahren die Befugnis zur Umgestaltung der Strafklage reichte, ist zur Bestimmung des Umfangs des «Ne bis in idem» ungenügend, da sie über die Identität keine Auskunft zu geben vermag. Ueberdies birgt sie die Gefahr, daß sie den einen oder andern veranlassen könnte, in der allseitigen Prüfung des Prozeßgegenstandes den Grund der Rechtskraft zu erblicken. Vor einer solchen Ansicht können wir nicht genug warnen!

Der Grund der Rechtskraft wurzelt in der Rechtssicherheit; und daß der Prozeß dem Richter eine umfassende Prüfungsbefugnis einräumt, ist lediglich eine durch die Gerechtigkeit geforderte Folge der Rechtskraft.

II. Materiellrechtlicher Maßstab.

Diese Theorie baut auf die Tatsache, daß eine physisch einheitliche Tat rechtlich eine Deliktsmehrheit darstellen und somit eine Mehrzahl von Strafansprüchen begründen kann [7]. Im Verfahren kommt dies dadurch zum Ausdruck, daß die Schuldfrage für jedes einzelne der ideell konkurrierenden Delikte geprüft und beurteilt werden muß. Ebenso hat die Schuldigerklärung für jedes Delikt

[3] Berner Max. S. 52 ff.
[4] Vgl. Stämpfli in ZbJV. 49.620.
[5] Vgl. z. B. BGE 35.1.518 dagegen 56.1.77; ferner 43.1. 334 und 24 1.183. Für die bernische Praxis ZbJV. 41.620; 49.646; 52.293; 70.275.
[6] in GS. 36. S. 119.
[7] Man denke an die Fälle von Idealkonkurrenz.

besonders zu erfolgen. Die selbständige Behandlung der einzelnen ideell konkurrierenden Delikte beschränkt sich auf die Schuldfrage und erstreckt sich nicht etwa auf die Ausfällung der Strafen. Denn das materielle Recht (Art. 58 StrGB) schreibt vor, daß eine einheitliche Strafe, nämlich die des schwersten Deliktes, ausgesprochen werde. Das bernische StrGB anerkennt also das Absorptionsprinzip, wonach die geringere Strafe in der höhern aufgeht, nicht aber umgekehrt die größere in der kleinern. Die ideell konkurrierenden Strafansprüche gehen dann erst vollständig unter, wenn der Täter für das schwerste Delikt seine Strafe erlitten hat.

Eingedenk der Tatsache, daß der Prozeß der Verwirklichung des materiellen Rechts zu dienen hat, folgern die Anhänger dieser Theorie: Einer Mehrheit von Strafansprüchen entspricht eine Mehrheit von Strafklagen. Normalerweise soll zwar der ganze Anspruchskomplex als ein einheitlicher Prozeßgegenstand, durch *eine* Klage geltend gemacht werden. Wird eine Seite der Tat, die eine selbständige Handlung im Rechtssinne, ein Delikt, ausmacht, im ersten Prozeß überhaupt nicht berücksichtigt, dann bestimmt auch wieder das materielle Recht die prozessuale Folge: Bleibt das geringere Delikt unberücksichtigt, dann wird das auf es sich beziehende Klagerecht dennoch verbraucht, weil durch die Verbüßung der schwereren Strafe dank dem Absorptionsprinzip auch der kleinere Strafanspruch untergeht. Bleibt dagegen das schwerere Delikt unberücksichtigt, so besteht auch der Strafanspruch weiter, dessen Verwirklichung nicht beeinträchtigt werden kann. Das Klagerecht ist in dieser Hinsicht weder gebraucht noch verbraucht worden.

Aktuell wird diese Theorie immer nur dann, wenn durch eine physische Handlung mehrere Strafansprüche entstehen. Sie erinnert an die Auffassung, wonach die Identität sich nur auf dieselbe qualifizierte Handlung, «idem crimen», beziehen könne, ohne jedoch so weit zu gehen wie diese. Besser als Worte vermag ein Beispiel dies zu veranschaulichen:

A wird verurteilt wegen Nachtlärms und Beschimpfung (StrGB Art. 256 Ziff. 6 und 4), also wegen zwei ideell konkurrierender Uebertretungen. Nachträglich stellt sich der Nachtlärm als eine Störung der öffentlichen Ruhe im Sinne von Art. 97.1 StrGB. heraus. Betrachtet man das crimen als für die Identität maßgebend, so wäre eine zweite Verfolgung von A unter dem neuen rechtlichen Gesichtspunkte möglich; dagegen wäre eine solche nach der eben beschriebenen materiellen Theorie ausgeschlossen, weil auch die Handlung des schwereren Deliktes schon zur Sprache gebracht wurde. Dies genügt, um die sich auf dieses Delikt beziehende Klage zu verbrauchen, auch wenn sich nachträglich herausstellen sollte, daß der staatliche Strafanspruch nicht in seinem vollen Umfange erfaßt

worden ist. Wäre dagegen A einzig der Beschimpfung schuldig erklärt worden, so stände dies einer neuen Verfolgung wegen der Störung der öffentlichen Ruhe nicht entgegen. Da nämlich dieses Delikt das schwerere ist und zudem im ersten Verfahren unerörtert blieb, besteht auch das diesbezügliche Klagerecht weiter. Nach der prozessualen Theorie wäre auch hier die Strafklage als verbraucht anzusehen, da das Gericht verpflichtet und zugleich auch in der Lage war, den gesamten Tatbestand in einem Verfahren zu erledigen.

Allgemeine Bedeutung muß dem materiellrechtlichen Maßstabe versagt bleiben. Im «Ne bis in idem» wird bloß eine Folge des Verbrauchs der Strafklage gesehen [8], und die Klagekonsumtion ihrerseits sucht man durch materiell- und prozeßrechtliche Erwägungen zu begründen. Die Wurzeln der Rechtskraft und des «Ne bis in idem» liegen aber anderswo. Es steht uns zwar fern, dem materiellen Maßstab jegliche Bedeutung absprechen zu wollen. Wir werden ihm jedoch nie mehr als eine Ausnahmestellung einräumen, wodurch die viel allgemeinen Postulate der Rechtssicherheit im Interesse der Gerechtigkeit eingeschränkt werden.

Verfochten wurde diese Ansicht, soviel wir erkennen können, hauptsächlich in der Schweiz, wobei auch hier die Meinungen über ihre Anwendungsmöglichkeit auseinander gehen [10].

Interessant ist übrigens die Entstehungsgeschichte dieser Theorie, die wir als die Reaktion eines verletzten Rechtsgefühls kennen lernen werden. Den Stein brachte das Urteil des bernischen Obergerichtes in Sachen Kohler [10] ins Rollen: Der Angeschuldigte hatte eine Selbstschußvorrichtung gelegt, wodurch ein gewisser Abplanalp so schwer verletzt wurde, daß ihm das Bein amputiert werden mußte. Da das Gericht von der Körperverletzung keine Kenntnis hatte, verurteilte es Kohler einzig wegen Uebertretung des Bundesgesetzes über Jagd- und Vogelschutz von 1904. Das Urteil erwuchs in Rechtskraft. Einer spätern Verfolgung wegen der Körperverletzung setzte Kohler die Einrede des «Ne bis in idem» entgegen, die in Anlehnung an die deutsche Rechtssprechung vom Obergericht geschützt wurde. Gegen dieses Urteil wendete sich Stämpfli mit einer scharfen Kritik [11] und entwickelte zugleich die oben dargestellte materielle Identitätstheorie, die in der Folge auch von der Strafkammer übernommen und im Urteil i. S. Knecht (ZbJV. 52.296) ausführlich dargestellt wurde.

---

[8] was in einem in ZbJV. 52.296 publizierten Urteil die bernische Strafkammer ausdrücklich feststellt.
[9] Stämpfli ZbJV. 49.616. Waiblinger Anmerkung zu Art. 4. Obergerichtliches Urteil in ZbJV. 52.296.
[10] in ZbJV. 49.646.
[11] ZbJV. 49.616.

III. Rechtsphylosophischer Maßstab.

Begründer dieser Theorie ist Max Berner [12]. Er geht von dem Gedanken aus, daß zwei Anklagen dann identisch seien, wenn sie sich auf dieselbe Handlung des Täters beziehen und versucht nun, diese Handlung zu umschreiben. Die Richtigkeit dieses Ausgangspunktes läßt sich nicht bezweifeln. Sollte es gelingen, menschliches Handeln physisch, nicht etwa nur rechtlich, abzugrenzen, dann wäre die Identitätsfrage gelöst. Alle Anklagen, die sich auf dieselbe Einheit von Handlungen stützten, wären identisch.

Das Merkmal zur Umgrenzung der Handlung sucht Berner in ihrer subjektiven Seite. Jede Handlung läßt sich begrifflich in eine Betätigung des menschlichen Willens und in eine Veränderung der Außenwelt zerlegen. Das Willensmoment und das Tatmoment stehen zueinander im Verhältnis von Ursache und Wirkung. Die Tat wird durch den Willen charakterisiert, deshalb soll auch ihre Einheit durch diesen bestimmt werden. Das entscheidende Moment ist die Absicht. Die Frage nach der Einheit der Tat ist darnach zu beantworten, ob Einheitlichkeit der Absicht vorliegt.

Der rein subjektive Maßstab Berners wird in vielen Fällen nützlich sein. Es ist jedoch nicht unschwer einzusehen, daß er den Richter in andern Fällen im Stich lassen wird, da sich der rein innerliche Willensvorgang im konkreten Fall nicht immer sicher feststellen lassen wird.

IV. Folgerungen.

Eine allgemein gültige und nie versagende Regel zur Bestimmung der Identität einer Tat gibt es nicht. Die Ursache hierfür sieht Schanze [13] darin, daß die zu vergleichenden Objekte nicht genereller, sondern spezieller Natur, nicht Typen, sondern Individuen sind. Die Theorie hat denn auch von der Aufstellung allgemeiner Grundsätze abgesehen und es der Praxis überlassen, im Einzelfalle die den Gegenstand der Strafklage bildende Tat abzugrenzen und die Frage der Identität zu lösen [14].

Doch unterließ es die Wissenschaft nicht, der Praxis so weit als möglich den Weg zu weisen, sei es durch allgemeine, dafür aber unbestimmte Regeln, sei es durch Erörterung und Kritik anhand von Einzelfällen.

So ist Glaser [15] der Ansicht, daß zwei Strafklagen dann identisch seien, wenn zwischen den Tatsachen, auf die sie sich stützen, ein derartiger faktischer oder juristischer Zusammenhang bestehe,

---

[12] Max Berner S. 52 ff.
[13] S. 474.
[14] Beling, Deutsches Reichstrafprozeßrecht. S. 114.
[15] in G.S. 36. S. 114.

daß das Urteil als unrichtig angesehen werden müßte, wenn es die erste Anklage erledigen wollte, ohne die Tatsachen der zweiten Klage zu berücksichtigen, obgleich ihm diese bekannt waren. Damit ist praktisch ebensowenig gewonnen, wie wenn Beling [16] behauptet, die Tat höre auf eine einheitliche zu sein, wo das gewandelte Tatbild so verschieden sei, daß es aus Zweckmäßigkeit und mit Rücksicht auf die Verteidigungsrechte des Angeschuldigten besser zum Gegenstand eines besondern Prozesses gemacht werde. Wertvollere Anhaltspunkte vermittelt die Forderung, bei der Prüfung der Identitätsfrage sei zu untersuchen, ob die neu eingeklagte Tat nicht auf Grund der bereits beurteilten Strafklage hätte erledigt werden sollen, weil sie vom Standpunkt des materiellen Rechtes mit dem frühern Prozeßgegenstande eine einheitliche Tat bildet [17].

Alle diese allgemeinen Regeln vermochten eine reichhaltige Kasuistik nicht überflüssig zu machen [18]. Daraus seien hier nur die wesentlichsten Gesichtspunkte erwähnt:

1. Da das factum, nicht das crimen, Gegenstand des Prozesses ist, so ist Identität gegeben, wenn derselbe Vorfall unter den Begriff eines andern Deliktes gebracht wird [19]. (Beispiel: Betrug oder Diebstahl statt Unterschlagung und umgekehrt.) Ferner bleibt die Identität gewahrt, wenn nur in der Art des verbrecherischen Willens, in der Art der Ausführung oder des Erfolges eine Aenderung hervortritt. Wer von der Anschuldigung eines vorsätzlichen Vergehens freigesprochen wird, darf in der Folge nicht mehr wegen desselben fahrlässigen Vergehens verfolgt werden [20]). Er darf aber auch nicht mehr als Anstifter oder Gehilfe zum betr. Delikt zur Rechenschaft gezogen werden [21]. Dasselbe gilt, wenn jemand, der von der Anschuldigung des versuchten Mordes freigesprochen wurde, später des vollendeten Mordes angeklagt würde [22]. Einer neuen Verfolgung würde die Identität der Tat entgegenstehen.

2. Da das factum in seiner physischen Gesamtheit zum Prozeßgegenstand gemacht wird, vermag eine Verschiebung und Veränderung der Modalitäten die Identität nicht aufzuheben [23]. Ein anderes Datum, ein anderer Begehungsort usw. stempeln die Tat nicht notwendigerweise zu einer von der bereits abgeurteilten verschiedenen.

Aus demselben Grunde können Erschwerungsgründe, z. B. Strafschärfungsgründe, die erst nach Eintritt der Rechtskraft entdeckt

16 Deutsches Reichstrafprozeßrecht S. 112.
17 Bockshammer S. 9.
18 Vgl. Zitzlaff S. 211 ff.
19 Beling S. 264; Glaser II S. 65.
20 Zitzlaff S. 213.
21 Düwel S. 107 und die dort zit. EDR.
22 Max Berner S. 80; Glaser Verbrauch der Strafklage S. 312 f.
23 Glaser II S. 65. Bennecke-Beling S. 412 ff.

werden, keine Berücksichtigung mehr finden. Weder können diese Nebenumstände, die nur Modifikationen derselben Tat darstellen, die erneute Verfolgung des schon abgeurteilten Deliktes begründen [24], noch dürfen sie, auch wenn sie für sich gesehen eine selbständige strafbare Handlung ausmachen, als Gegenstand eines neuen Prozesses betrachtet werden [25]. Wenn also A von der Anschuldigung des Einbruchsdiebstahls freigesprochen wird, darf er nachträglich nicht wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung, die er anläßlich des Einbruches verübt haben soll, verfolgt werden. Denn dieses Delikt war mit der frühern Anklage zu erledigen [26].

Ebensowenig vermögen Verschiebungen in der Auffassung über das Objekt oder die verletzte Person nicht ohne weiteres die Identität in Frage zu stellen [27]. Durch die Tatsache, daß der Täter, der wegen Diebstahls einer 20 Franken-Note verurteilt wurde, in Wirklichkeit einundzwanzig Franken mitlaufen ließ, wird das «Ne bis in idem» nicht umgestoßen.

3. Theoretisch gesehen müßten auch zwei ideell konkurrierende Delikte als identisch angesehen werden, weil sie einer einzigen physischen Handlung entspringen. Doch haben wir schon angetönt, und werden wir im nächsten Paragraphen ausführen, daß diese Regel von gewissen Ausnahmen durchbrochen wird.

4. Kollektivdelikt und fortgesetztes Delikt werden in der Doktrin und in der Praxis mehrheitlich als eine rechtliche Einheit betrachtet. Anerkennt man vom materiellrechtlichen Standpunkt aus eine solche Einheit, so könnte man geneigt sein auch deren prozessuale Folgerung in Kauf zu nehmen, daß die Aburteilung einer Einzelhandlung die Verfolgung des Täters wegen einer andern infolge der Identität ausschließt. (Vgl. § 19).

Unter Berücksichtigung dieser einzelnen Punkte läßt sich der vom Reichsgericht ausgesprochene Satz aufrechterhalten: «Identität der Tat liegt vor, wenn das in der frühern Anklage gekennzeichnete historische Vorkommnis in seinen wesentlichsten Elementen auch den Kern- und Mittelpunkt der neuen Klage bildet [28]».

V. Rechtliche und faktische Unmöglichkeit einer umfassenden Tatbestandsüberprüfung.

Der Richter kann durch gesetzliche Vorschriften verhindert werden, die Tat in ihrem ganzen Umfange abzuurteilen. Beispiele einer solchen rechtlichen Unmöglichkeit der umfassenden Prüfung

[24] Berner in GA. 3; S. 491.
[25] Glaser in GS. 36; S. 121.
[26] Beispiel zitiert aus Glaser GS. 36, S. 121.
[27] Beling S. 264 ff.
[28] EDR 15.133. Vgl. Zitzlaff S. 211.

sind der fehlende Strafantrag, der Grundsatz der Spezialität im Auslieferungsrecht und in gewissen Fällen fehlende Gerichtsbarkeit [29].

Wird durch ein rechtliches Hindernis die Ueberprüfung der Tat überhaupt verunmöglicht, so endet das Verfahren mit einem Einstellungsbeschluß, der nach Behebung des Mangels die weitere Verfolgung nicht verbietet. Berührt dagegen das Hindernis nur eine Seite der Tat, z. B. nur eines von mehreren ideell konkurrierenden Delikten oder nur eine von mehreren Einzelhandlungen eines fortgesetzten Verbrechens, dann erhebt sich die Frage, ob die Rechtskraft des Urteils auch eine neue Beurteilung der der richterlichen Prüfung entzogenen Seiten der Tat verhindern könne. In seiner frühern Praxis hat das Reichsgericht diese Frage durchwegs bejaht [30], wodurch es seine Entscheidungen zu Objekten einer maßlosen Kritik machte [31]. Der Angeschuldigte, der wegen zu schnellen Fahrens verurteilt worden ist, dürfte somit wegen einer dadurch verursachten Körperverletzung nicht mehr verfolgt werden, wenngleich der Strafantrag nachträglich, aber fristgerecht gestellt wird [32].

Seither hat allerdings das Gericht seine Praxis dahin abgeändert, daß es die Zulässigkeit eines zweiten Verfahrens hinsichtlich derjenigen Seite der Tat anerkennt, deren Beurteilung im frühern Prozeß nicht stattfinden durfte.

Damit befindet sich das Reichsgericht auf dem gleichen Boden wie die Mehrzahl der Theoretiker [33].

Eine andere Frage ist, ob eine neue Anklage zulässig ist, die sich zwar auf dasselbe factum bezieht, dagegen aber Tatsachen vorbringt, die sich zur Zeit der Fällung des ersten Urteils noch gar nicht ereignet hatten. Nachdem der Täter wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilt wurde, stirbt der Verletzte an den Folgen der Tat. Diesen Erfolg konnte der Richter im ersten Verfahren nicht berücksichtigen, er war tatsächlich, faktisch, daran verhindert.

Nach der Ansicht der meisten Autoren vermag die faktische Unmöglichkeit der vollständigen Aburteilung im Gegensatz zur rechtlichen Unmöglichkeit das «Ne bis in idem» nicht zu beeinträchtigen. Eine zweite Verfolgung derselben Tat soll auch unter dieser Voraussetzung ausgeschlossen bleiben [34].

Anderer Ansicht ist Binding [35]. Es sei eine Forderung der materiellen Gerechtigkeit, daß auch diejenigen Verbrechenswirkungen, die nach dem rechtskräftigen Urteil eintreten, Berücksichtigung fin-

[29] Glaser II. S. 44; Bennecke-Beling S. 417.
[30] Zitzlaff S. 213 f; Pfenninger S. 233.
[31] Vgl. z. B. Reiffel in GA. 42, S. 89 ff und 44, S. 129 ff.
[32] Zitzlaff S. 214.
[33] Glaser II. S. 44; Bennecke-Beling S. 416.
[34] Beling S. 264; Bennecke-Beling S. 416; Glaser II. S. 70; Barbarino S. 104; Düwel S. 109. EDR 3.387.

den müssen. Als Mittel zur Verwirklichung dieser Forderung empfiehlt er die Nachklage.

Auch wir erkennen an, daß Bindings Forderung nicht aus der Luft gegriffen ist. Nur vermögen wir nicht einzusehen, weshalb die tatsächliche Unmöglichkeit anders zu behandeln wäre als die rechtliche. Ihren Entstehungsgrund findet die Rechtskraft in der Rechtssicherheit. Wenn wir gesagt haben, die Rechtskraft lasse sich nur insoweit rechtfertigen, als die Beurteilung der Tat auch möglich war, so ist darin ein Zugeständnis an die Gerechtigkeit zu erblicken.

Die Durchbrechung des «Ne bis in idem» erfolgt lediglich im Interesse der Gerechtigkeit; sie ist eine Ausnahme von der Rechtskraft und nicht etwa eine Umschreibung der Rechtskraft, die sich aus ihrem Geltungsgrunde herleiten ließe. Unter diesem Gesichtswinkel gesehen erscheint aber die faktische Unmöglichkeit in keinem andern Lichte als die rechtliche. In beiden Fällen verlangt die Gerechtigkeit gebieterisch, daß der Tatbestand, der vom Richter im ersten Verfahren nicht gewürdigt werden durfte oder konnte, einer zweiten Beurteilung zu unterliegen hat [36], sofern die auf das Gesamtdelikt angedrohte Strafe höher ist als die im ersten Urteil verhängte [37]. Trifft nämlich diese Voraussetzung nicht zu, dann hat auch die Gerechtigkeit kein Interesse an einem zweiten Verfahren.

Ob die Berücksichtigung der neuen Umstände auf dem Wege der Nachklage oder einer selbständigen Klage erfolgt, ist gleichgültig. Uebrigens würde nach bernischem Recht für eine Nachklage jede Grundlage fehlen.

Die Fälle der tatsächlichen Unmöglichkeit spielen eine untergeordnete Rolle. Der Richter hat es in der Hand, sie durch Einholen von Gutachten und durch andere geeignete Maßnahmen auf ein Minimum hinunter zu schrauben, was denn auch dem Grundsatze der Erbringung materieller Wahrheit entspricht.

Die Tatsache, daß der Richter im ersten Verfahren rechtlich oder faktisch verhindert war, gewisse Seiten der Tat abzuurteilen, die nun durch eine neue Klage geltend gemacht werden, bedeutet nicht, daß zwischen den beiden Anklagen die Identität aufgehoben sei. Im Gegenteil: Sie bedeutet, daß trotz der herrschenden Identität, als Ausnahme von der Rechtskraft, in Berücksichtigung der besondern Umstände eine neue Klage zulässig ist.

---

35 Abh. II. S. 339; ebenso Sauer, Grundlagen, S. 488 f.

36 Ebenso Waiblinger Anmerkungen zu Art. 4.

37 So auch Binding Abh. II. S. 339. Derselbe Gedanke findet sich übrigens auch in Art. 224.3 StrV: Die durch Strafmandat abgeurteilte Uebertretung kann nur dann den Gegenstand eines neuen Verfahrens bilden, wenn sie unter dem Gesichtspunkt eines schwereren Vergehens oder Verbrechens erscheint. (Vgl. § 10. II)

§ 18. Idealkonkurrenz.

Idealkonkurrenz liegt vor, wenn durch dieselbe Ausführungshandlung, durch dieselbe physische Tat, mehrere Delikte begangen werden. Sind diese von einander verschieden, wenn also z. B. der Täter durch die Mißhandlung seines Opfers zugleich auch dessen Kleider oder andere Gegenstände beschädigt, dann spricht man von ungleichartiger Idealkonkurrenz. Sind dagegen diese mehreren Delikte einander gleich, zog, mit andern Worten, die betr. Ausführungshandlung nur mehrfache Erfolge gleicher Art nach sich, nennt man die Idealkonkurrenz eine gleichartige. Eine solche liegt vor, wenn durch denselben Schuß mehrere Personen verletzt, oder durch eine Aeußerung verschiedene Personen in ihrer Ehre gekränkt werden.

Die ideell konkurrierenden Delikte entstammen per definitionem einer Handlungseinheit, d. h. einer physisch einheitlichen Tat. Dies trifft ganz besonders bei der ungleichartigen Idealkonkurrenz zu, wo der Wille des Täters in der Regel auf die Herbeiführung einzig des schwereren Erfolges hinzielt. Bei der gleichartigen Idealkonkurrenz ist es dagegen eher denkbar, daß der Wille des Täters sich auf die Erzielung mehrerer Erfolge richten konnte. Wären diese nicht durch eine einzige Ausführungshandlung zu erreichen gewesen, so wäre der Täter vielleicht auch vor einer zweiten oder dritten Handlung nicht zurückgeschreckt. Wie dieser Tatbestand zu bestrafen ist, sagt das materielle Recht [1]. Uns interessiert hier nur, wie er verfahrenstechnisch zu behandeln ist.

In welchem Umfang begründet das Urteil, das nur eines der ideell konkurrierenden Delikte berücksichtigt, das «Ne bis in idem»?

Die Antwort des Reichsgerichtes würde heute lauten: «Sofern das Gericht im ersten Verfahren nicht durch ein rechtliches Hindernis an der vollständigen Aburteilung der Tat gehindert war, verwehrt das «Ne bis in idem» jede neue Verfolgung derselben Ausführungshandlung» [2]. Derselben Meinung ist grundsätzlich auch Glaser, nur daß er folgende Einschränkung gelten lassen möchte: Wenn das Bindeglied zwischen zwei ideell konkurrierenden Verbrechen durch einen für eines der beiden Delikte unwesentlichen Umstand hergestellt wird, d. h., wenn dieses Bindeglied in einer Nebeneigenschaft besteht, die unbeachtet bleiben konnte, ohne daß die juristische Natur der strafbaren Handlung dadurch verändert wird, dann soll eine zweite Aburteilung der Tat möglich sein [3]. Der Kur-

[1] Immerhin scheint uns das im SStrGB Art. 68 vorgesehene Schärfungsprinzip zutreffender zu sein als das Absortionsprinzip des Art. 58 Str.GB, den die Praxis auch auf die gleichartige Idealkonkurrrenz anwendet.

[2] Vgl. § 17. I.

[3] Glaser II. S. 66 und in GS. 36. S. 81.

pfuscher, der wegen Widerhandlung gegen das Medizinalgesetz verurteilt wird, soll auch später noch wegen einer fahrlässigen Tötung verfolgt werden können, die er anläßlich jener Widerhandlung begangen hat. Der Delinquent, der der fortgesetzten Blutschande schuldig erklärt worden ist, ist nachträglich dennoch wegen eines Notzuchtfalles zu verfolgen, der mit einem Einzelfall von Blutschande ideell konkurrierte.

Zu einem andern Resultat dagegen gelangen wir nach der Theorie von Stämpfli [4], die in die Praxis des bernischen Obergerichtes Eingang gefunden hat [5]. Darnach steht das «Ne bis in idem» einer neuen Verfolgung derselben Handlung solange nicht entgegen, als nicht das schwerste der ideell konkurrierenden Delikte abgeurteilt ist.

Uebertroffen wird dieses Streben nach Gerechtigkeit noch von Binding, der es höchst ungerecht findet, daß bei der gleichartigen Idealkonkurrenz durch das Urteil über die Klage eines Verletzten auch die Klagen der übrigen Verletzten verbraucht werden [6]. Binding scheint ganz zu vergessen, daß durch die strafbare Handlung nicht dem Verletzten, sondern dem Staate ein Strafanspruch erwächst.

Auch wir erkennen gerne an, daß der Strafprozeß nicht zu einer dem materiellen Recht widersprechenden Lösung führen darf [7]. Wie von Dach [8] in logisch einwandfreier Weise darlegt, führt aber die folgerichtige und kompromißlose Durchsetzung dieser Forderung unweigerlich zur Ablehnung der Rechtskraft überhaupt. Wir können das materielle Recht nicht rücksichtslos bis in die kleinste Einzelheit verwirklichen, ohne den Bogen zu überspannen. Die Rechtskraft ist ein Postulat der Rechtssicherheit. Ihre Durchbrechung rechtfertigt sich nur da, wo die Gerechtigkeit auf eine andere Weise überhaupt nicht auf ihre Rechnung kommen kann. Als solche Fälle haben wir einzig die rechtliche und tatsächliche Unmöglichkeit der vollständigen Tatbestandsaburteilung kennen gelernt. Von diesen Ausnahmen abgesehen kann das materielle Recht überall in befriedigender Weise verwirklicht werden. Die richtige Tatbestandsermittlung und Urteilsfindung ist dann, wie Glaser [9] richtig bemerkt, bloß noch eine Frage des Gelingens eines bestimmten Verfahrens. Treten Ungerechtigkeiten auf, so soll das Verfahren verbessert oder gewissenhafter durchgeführt werden. Wer das Uebel mitsamt seiner Wurzel auszurotten wünscht, wird nie durch Einschränkungen und Durchbrechungen der Rechtskraft Abhilfe zu schaffen versuchen.

---

[4] Vgl. § 17. II.
[5] ZbJV. 52.296.
[6] Binding, Abh. II. 322.
[7] ZbJV. 52.296.
[8] S. 90 ff. spez. S. 101/2.
[9] in GS. 36.120.

Das Ergebnis läßt sich wie folgt zusammenfassen: Ideell konkurrierende Delikte entspringen per definitionem einer Handlungseinheit, die normalerweise ungeteilt den Prozeßgegenstand bildet. War der Richter nicht durch Hindernisse rechtlicher oder tatsächlicher Natur [10] an der umfassenden Würdigung des Tatbestandes verhindert, so wird auch durch die Aburteilung nur eines Deliktes das «Ne bis in idem» bezüglich der ganzen Tat begründet [11].

Kraft der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 224.3 StrV. gilt die Lösung nicht, wenn das Delikt auf dem Wege des Strafmandats beurteilt wurde. Hier kann unter allen Umständen eine neue Verfolgung angehoben werden, sobald sich herausstellt, daß mit dem bereits abgeurteilten Delikt ein schwereres Vergehen oder Verbrechen ideell konkurriert [12].

Diese Bestimmung liefert uns gleichzeitig ein Indiz dafür, daß der Gesetzgeber in den Fällen, wo die Aburteilung eines Deliktes auf dem ordentlichen Wege vor sich ging, eine neue Verfolgung eines schwereren ideell konkurrierenden Deliktes nicht ohne weiteres zulassen wollte. Andernfalls wäre die Regelung des Art. 244.3 völlig überflüssig. Er soll eben doch nur eine Ausnahme festlegen.

§ 19. Kollektivdelikt und fortgesetztes Delikt.

I. Definiton.

Kollektivdelikt und fortgesetztes Delikt haben das gemeinsam, daß sie sich aus einer Mehrheit von zeitlich auseinanderliegenden und selbstständigen Ausführungshandlungen zusammensetzen, die zwar jede für sich den Deliktstatbestand erfüllen, die aber auf Grund besonderer Eigenschaften rechtlich als Handlungseinheit anerkannt werden.

Ein Kollektivdelikt liegt vor, wenn die verschiedenen Handlungen alle derselben Gewohnheit, derselben Geschäfts- oder Gewerbsmäßigkeit entspringen [1]. Das fortgesetzte Delikt dagegen zeichnet sich durch folgende Merkmale aus [2]: Die Einzelhandlungen sollen als Verwirklichung eines und desselben Willensentschlusses erscheinen; sie sollen sich durch gleichartige Begehungsform und eine gewisse zeitliche Kontinuität auszeichnen; sie müssen sich gegen dasselbe Rechtsgut richten.

---

10 Vgl. § 17. V.

11 Derselben Ansicht: Waiblinger zu Art. 4.

12 Eine ausführliche Rechtfertigung dieser Durchbrechung des «Ne bis in idem» gibt Waiblinger in N. 8 zu Art. 4 und N. 3 zu Art. 224. Vgl. ferner § 10. II.

1 ZbJV. 36.319; 41.501. Zitzlaff S. 216.

2 BGE 40.1.325; 56.1.77. ZbJV. 41.429; 45.326; 58.601; 65.313. Farnbacher S. 386 ff. Berner GA. 3.491.

Sind die Voraussetzungen des Kollektiv- oder fortgesetzten Deliktes erfüllt, so werden die verschiedenen Einzelhandlungen rechtlich als eine einzige strafbare Handlung, als eine einzige Gesetzesübertretung, behandelt [3].

II. Ihre Wirkung auf das «Ne bis in idem».

Die Natur des Kollektiv- und fortgesetzten Deliktes als juristischer Handlungseinheit bedingt, daß sämtliche zu dieser Einheit gehörenden Einzelfälle zusammen den Gegenstand des Prozesses bilden. Einzige Voraussetzung ist, daß die Möglichkeit besteht, daß sie prozessualisch erfaßt werden können.

In welchem Umfang begründet das Urteil das «Ne bis in idem»?

Ginge man streng logisch vor, so müßte man anerkennen, daß das Urteil über auch nur eine Einzelhandlung jede weitere Verfolgung anderer Einzelhandlungen ausschließt. Gleichgültig wäre es, ob das Erkenntnis auf Schuldigerklärung oder Freisprechung lautete. Diese Folgerung haben gewisse Autoren denn auch gezogen [4].

Die meisten Schriftsteller jedoch wagten es nicht, sich für diese folgerichtige Anwendung des «Ne bis in idem» einzusetzen. Sie befürchteten mit Recht, daß eine solche Lösung zu Ungerechtigkeiten sondergleichen Anlaß geben könnte. Um dies zu verhindern, wurden die verschiedenartigsten Wege beschritten. So will das Reichsgericht der Freisprechung nicht so weitgehende Rechtskraftswirkungen zuerkennen wie einer Verurteilung [5]. «Die Verurteilung erstreckt sich von selbst auf alle diesem Delikt angehörigen Einzelhandlungen und konsumiert auch die Klage bezüglich der nicht bekannt gewordenen Einzelfälle. Die Freisprechung schließt bezüglich dieser letztern Fälle eine erneute Verfolgung nur wegen gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Delikts aus. Eine weitergehende konsumierende Wirkung dagegen übt sie nur bezüglich derjenigen konkreten Einzelhandlungen aus, welche in der Anklage vorgebracht und damit Gegenstand der Aburteilung geworden sind.»

Bockshammer [6] und Farnbacher [7] wollen nicht nur zwischen Verurteilung und Freisprechung unterscheiden, sondern auch darnach, ob im ersten Verfahren nur eine oder mehrere Einzelhandlungen zur Sprache gekommen sind. Hat das Gericht den Täter nur einer Einzelhandlung schuldig erklärt — z. B. weil die andern ihm nicht bekannt waren — so habe es damit zum Ausdruck gebracht, daß ein fortgesetztes- oder Kollektivdelikt nicht vorliege, weshalb die

[3] ZbJV. 36.319; 65.313.
[4] Bennecke-Beling S. 413. Ebenso ZbJV. 41.501.
[5] EDR 24.419; 36.43. Zitzlaff S. 217. Ebenso Waiblinger, N. 6 zu Art. 4.
[6] S. 36 ff.
[7] S. 386 ff.

Verfolgung weiterer Einzelfälle, allerdings nur unter dem Gesichtspunkt der Realkonkurrenz, für zulässig erachtet werden müsse.

Eine radikale Lösung schlägt v. Kries [8] vor. Er geht von der Feststellung aus, daß der Satz, wonach die konsumierende Wirkung des Urteils gleich weit reiche wie die Befugnis des Gerichtes zur Aburteilung des Falles, bei den Kollektivdelikten unanwendbar sei. Diese dürften den Einzeldelikten nicht völlig gleichgestellt werden. Seiner Ansicht nach komme dem Urteil über ein Kollektivdelikt in dem Umfange konsumierende Wirkung zu, in dem die Aburteilung tatsächlich stattgefunden habe (nicht in demjenigen, in welchem sie rechtlich habe stattfinden können).

Die Meinung von Kries wird von Binding [9] kritisiert, der die Frage aufwirft, wie dann die Verbrechenseinheit zu ihrem Recht kommen solle. Er selber schlägt im Interesse der Gerechtigkeit vor, nicht berücksichtigte Einzelhandlungen eines abgeurteilten Kollektivdeliktes seien auf dem Wege der Nachklage zu erfassen. Obwohl die Nachklage nach Binding nur auf Ergänzung eines frühern Urteils geht, ruft sie dennoch nach einem neuen Verfahren, und führt sie zum gleichen Endeffekt wie die Forderung von Kries, die Rechtskraft habe sich nur auf die tatsächlich beurteilten Handlungen zu erstrecken.

Alle Versuche, der Gerechtigkeit entgegenzukommen, laufen auf eine Leugnung des Begriffs des Kollektivs- oder fortgesetzten Verbrechens hinaus. Hier zeigt es sich, daß das Kollektiv- und fortgesetzte Verbrechen eben nur künstliche, juristische Handlungseinheiten sind. Daran vermag nichts zu ändern, daß Beling [10] die Tateinheit als eine zeitlich auseinanderfallende gleichartige Idealkonkurrenz bezeichnet. Sich am Begriff des Kollektivdelikts festklammern und zugleich der Gerechtigkeit dienen zu wollen, sind zwei Dinge, die sich gegenseitig ausschließen, es sei denn, man verzichte auf die Rechtskraft [11].

Diese Erkenntnis führt uns einmal mehr vor Augen, daß man aus Prinzipien kein Rechtsgebäude errichtet. Immerhin glauben wir nicht so weit gehen zu müssen wie Berner [12], der dem fortgesetzten Delikt überhaupt jede Anerkennung versagt.

Als einzige befriedigende Lösung halten wir die von v. Kries: Durch das Urteil über ein Kollektiv- oder fortgesetztes Delikt wird das Klagerecht nur bezüglich derjenigen Einzelhandlungen konsumiert, die in casu tatsächlich zur Aburteilung gelangt sind. Diese Ansicht bedarf allerdings einer ganz andern Begründung, als sie v. Kries in seinem Lehrbuch gibt. Wir müssen von der Tatsache

[8] Lehrbuch S. 599 ff.
[9] Abh. II. 339.
[10] Lehre vom Verbrechen S. 364.
[11] Vgl. die Ausführungen Eichhorns in GS. 38.401.
[12] Max Berner, S. 96/7.

ausgehen, daß sowohl das Kollektiv- als auch das fortgesetzte Delikt nur fingierte Handlungseinheiten sind. Es stimmt nicht, daß beim Kollektivdelikt die Gewohnheit oder die Geschäftsmäßigkeit bestraft werden sollen [13]. Eine Willensrichtung kann ebensowenig strafbar sein wie ein Gedanke. Es sind eben doch die Handlungen, die, wenn auch zusammengefaßt, den Strafanspruch begründen. Man hat versucht, die künstliche Tateinheit auf die Einheit der Rechtswidrigkeit, des Schutzobjektes, des Schuldbegriffes [14] oder der verbrecherischen Absicht [15] zurückzuführen. Alle diese Versuche mußten scheitern.

Es kann eben nicht geleugnet werden, daß die Abgrenzung der Handlungseinheit beim Kollektiv- und fortgesetzten Delikt, soweit es sich um die Anwendung des « Ne bis in idem» handelt, zum einen Teil auf Willkür, zum andern auf Zufall beruht. Ist es nicht widerspruchsvoll, die Einheit verschieden aufzufassen, je nachdem eine Verurteilung oder eine Freisprechung erfolgte, je nachdem der Richter nur eine oder mehrere Einzelhandlungen aburteilte, oder je nachdem er das Vorhandensein eines fortgesetzten- oder Kollektivdeliktes erkannte oder nicht? Ist es nicht willkürlich, die Handlungseinheit durch Klageerhebung oder Urteil zu unterbrechen? Nach dem Urteil kann nämlich der Täter in Ausübung desselben früher gefaßten Willensentschlusses weiter delinquieren [16]. Der Naturarzt bezahlt seine Buße und praktiziert weiter. Es fällt ihm nicht im Traume ein, an eine Aufgabe seiner Tätigkeit auch nur zu denken. Ein neuer Entschluß braucht nicht gefaßt zu werden. Die Buße gehört sozusagen zu den Geschäftsauslagen. Nicht weniger willkürlich ist es, die Handlungseinheit vom Vorhandensein derselben Gerichtsbarkeit abhängig zu machen. Kommt einer von Frankreich in die Schweiz, indem er anhaltend Nachtlärm vollführt, wird nur der Nachtlärm in der Schweiz als zur Tateinheit gehörend anerkannt [17].

Das Postulat, daß wegen derselben Handlung nicht zwei Strafverfolgungen durchgeführt werden dürfen, kümmert sich nicht um künstliche Handlungseinheiten. Als Ausfluß der Rechtssicherheit bedeutet es einzig, daß bezüglich eines menschlichen Tuns, das für den Außenstehenden, unabhängig vom Willen des Täters, als Einheit angesehen werden kann, zwei Verfolgungen unzulässig seien. Dagegen würde es der Rechtssicherheit keinen Abbruch tun, wenn für jede Einzelhandlung des fortgesetzten oder Kollektivdelikts eine neue Verfolgung einträte, da jede einzelne den vollen Deliktstatbestand erfüllt. Ebensowenig wie Gründe der Rechtssicherheit

[13] Alb. Fr. Berner GA. 3. S. 472 ff.
[14] Vgl. Beling, die Lehre vom Verbrechen, S. 336 ff und die dort vermerkte Literatur.
[15] Max Berner. S. 77.
[16] A. M. Waiblinger N. 6 zu Art. 4.
[17] Vgl. Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 357.

stehen Billigkeitsrücksichten einer mehrfachen Strafverfolgung im Wege. Es ist tatsächlich nicht einzusehen, weshalb ein Täter, der die Delikte gewohnheitsmäßig verübt, der sich damit sogar eine Erwerbsquelle verschafft, besser behandelt werden soll als der Gelegenheitsverbrecher, der für seine 3 reell konkurrierenden Handlungen auch dreimal verfolgt werden kann!

Die Einzelhandlungen des fortgesetzten- und Kollektivdeliktes entbehren nicht so sehr der Selbständigkeit, als es nicht heißen dürfte: Iterum in altero.

Einer gesonderten Aburteilung der Einzelhandlungen stehen weder die Rechtssicherheit, noch Billigkeitserwägungen, also überhaupt keine Gründe entgegen, die uns zur Anerkennung der Rechtskraft im Strafprozeß veranlaßt haben. Dagegen verlangen Zweckmäßigkeitsrücksichten und Erwägungen ökonomischer Art, daß am Begriff der Tateinheit auch im Prozeß festgehalten werde. Das führt uns zu folgendem Ergebnis:

Das Kollektiv- und fortgesetzte Delikt bildet in seiner Gesamtheit den Prozeßgegenstand. Der Richter ist berechtigt und verpflichtet, es in seiner Gesamtheit zu beurteilen. An die besondern Bestimmungen über die Ausdehnung der Strafverfolgung (Art. 101, 251, 290 StrV.) ist er nicht gebunden. Das rechtskräftige Urteil jedoch verhindert eine neue Strafverfolgung nur bezüglich der Einzelhandlungen, die tatsächlich abgeurteilt worden sind. Unberücksichtigte Einzelhandlungen können immer noch verfolgt werden.

SCHLUSS.

«Rechtssicherheit oder Gerechtigkeit im Einzelfall? Welches von beiden Gütern ist für den Staat das wertvollere?»

Vor diese Fragen sahen wir uns gestellt, nachdem wir Wesen und Bedeutung des «Ne bis in idem» erläutert, und wir den Grundsatz als Wirkung der materiellen Rechtskraft des Strafurteils hingestellt hatten. Einerseits blieb uns nicht verborgen, daß die restlose Verwirklichung der Gerechtigkeit nur gewährleistet ist, wenn das Strafurteil der Rechtskraft entbehrt. Andrerseits wiederum erkannten wir, daß die Rechtssicherheit gebieterisch die Anerkennung der Rechtskraft fordert, und daß umgekehrt diese, wenn sie sich überhaupt rechtfertigen lassen will, vor allem die Rechtssicherheit als Geltungsgrund anzurufen hat.

Von der Vergleichung des Wertes, den die Rechtssicherheit und die Gerechtigkeit für die Allgemeinheit darstellen, hing es somit ab, ob wir der Rechtskraft und dem «Ne bis in idem» auch im Strafprozesse Anerkennung zollen dürfen oder nicht.

Aus der Ueberzeugung heraus, daß der Staat als organisierte Gemeinschaft selbst das größte Interesse an der Aufrechterhaltung von Ordnung und Stetigkeit im Rechtsleben hat, haben wir der Rechtssicherheit vor der Gerechtigkeit den Vorrang gelassen. Damit sprachen wir uns auch zugunsten der Rechtskraft aus.

Diese Lösung glauben wir umso eher befürworten zu dürfen, als die Rechtskraft niemals ab initio eine gerechte Entscheidung zu verhindern vermag. Was ihr einzig vorgeworfen werden kann, ist, daß sie unter Umständen ein ungerechtes Erkenntnis unwiderruflich und unabänderlich werden läßt. Die Rechtskraft äußert keine andere Wirkung und verfolgt keinen andern Zweck als den, das Urteil, wie es nun einmal ergangen ist, zu schützen und ihm die Vollstreckbarkeit zu sichern. Ob indessen das zu schützende Urteil gerecht ist oder nicht, ist eine Frage des vorangehenden Verfahrens und hat mit der Rechtskraft nichts zu schaffen.

Deshalb darf an der Rechtskraft nicht gerüttelt werden. Eine Einschränkung im Interesse der Gerechtigkeit rechtfertigt sich einzig in den Fällen, wo der Richter infolge rechtlicher oder faktischer Unmöglichkeit vollständiger Prüfung und Aburteilung einer Strafsache ein gerechtes Urteil im ersten Verfahren nicht fällen konnte.

Im zweiten Teil unserer Abhandlung versuchten wir, die Voraussetzungen und die Tragweite des «Ne bis in idem» aus denselben Grundsätzen herzuleiten, die uns schon zur Anerkennung der Rechtskraft geführt hatten. Diese Untersuchungen vermittelten uns zugleich die Antwort auf die von uns in der Einleitung gestellte Frage, weshalb die Gesetzgeber im allgemeinen eine eingehende Normierung des Rechtskraftsinstitutes verschmäht haben: Dieses Institut

ist trotz seiner scheinbaren Einfachheit in Wirklichkeit so kompliziert, und bei der Festsetzung seiner Voraussetzungen und Wirkungen muß auf soviele einander widerstrebende Interessen Rücksicht genommen werden, daß seine Normierung im Rahmen eines Strafprozeßgesetzes schlechterdings ausgeschlossen ist.

Vorliegende Arbeit erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit. Eine bis in alle Einzelheiten greifende Untersuchung des Problems hätte den Rahmen unserer Abhandlung gesprengt. Uns lag vielmehr daran, die Frage in ihren Hauptzügen zu beleuchten, eingedenk der Tatsache, daß, wenn über die Grundprinzipien eines Institutes Klarheit herrscht, sich auch Nebenfragen im allgemeinen ohne Schwierigkeit beantworten lassen.

Möge die vorliegende Arbeit in diesem Sinne zum Verständnis des Rechtskraftsinstitutes auf dem Gebiet des Strafprozesses beitragen. Möge vor allem aus ihr hervorgehen, daß sich die Voraussetzungen und Wirkungen des «Ne bis in idem» nicht unabhängig von seinem Geltungsgrunde bestimmen lassen.

LITERATURVERZEICHNIS.

Andres: Das Rechtsmittel der Revision im Bundesstrafprozeß, Berner Diss. 1935.
Bachtler: Der Angeschuldigte im schweiz. Strafprozeßrecht, 1909.
v. Bar: Handbuch des Strafrechtes, 1882.
Barbarino: Die Rechtskraft des Strafurteils, Diss. Erlangen 1902.
Beetschen: Die materielle Rechtskraft der Verwaltungsverfügungen, Zürcher Diss. 1923.
Beling: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928.
Beling: Die Lehre vom Verbrechen, 1906.
Bennecke-Beling: Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechtes, 1900.
Berner Albert Friedr.: Non bis in idem, in GA. 3.472 ff.
Berner Albert Friedr.: Das Non bis in idem gegen auswärtige Strafurteile in GS. 18.31 ff.
Berner Max: Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozeß, 1891.
Binder: Philosophie des Rechts, 1924.
Binding: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. II.
Binding: Handbuch des Strafrechts, 1885.
Blumenstein Ernst: Die Einrede der beurteilten Sache in der bernischen ZPO in ZbJV 38.449.
Blumenstein Max: Die Bedeutung der Offfizialmaxime in der bernischen Verwaltungs- und Zivilrechtspflege, Abhandlungen zum schweiz. Recht, Neue Folge 109.
Bockshammer: Ne bis in idem auf dem Gebiete des fortgesetzten und Kollektivdeliktes. Diss. Erlangen 1896.
Burckhardt: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927.
Burckhardt: System und Methode des Rechts, 1936.
v. Dach: Grundsätze der Vollstreckung im Strafrecht, Berner Diss. 1938.
Graf zu Dohna: Das Strafprozeßrecht, 1929.
Düwel: Der Grundsatz «Ne bis in idem» im Strafverfahren, Diss. Rostock 1926.
Eichhorn: Non bis in idem und das Reichsgericht. GS. 38.401.
Farnbacher: Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem auf den Begriff des fortgesetzten Verbrechens. GS. 54.386.
Glaser: Handbuch des Strafprozesses, 3 Bände, 1883/85.
Glaser: Der Verbrauch der Strafklage nach deutschem Strafprozeßrecht. Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht 12.303 ff (zit. Glaser, Verbrauch der Strafklage).
Glaser: Die Durchführung der Regel: Non bis in idem im englischen und französischen Strafprozeß, GS. 23.1 ff.
Glaser: Das Verhältnis des Urteils zur Strafklage. GS. 36.81 ff.
Goldschmidt: Der Prozeß als Rechtslage, 1925.
Goltdammer: Non bis in idem. GA. 3. 385.
Hafter: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, 1926.
Heffter: Non bis in idem im Hinblick auf den gedruckten Entwurf einer «Deutschen Strafproceß-Ordnung», 1873.
Heinze: Dispositionsprinzip und Offizialprinzip. GA. 24.284.
Holtzendorffs: Handbuch des Völkerrechts, Bd. III.
Kohlrausch: Deutsche Strafprozeßordnung, 1925.
Krebs: Straf- und Strafprozeßgesetze für den Kanton Bern. II. Teil, 1929.
v. Kries: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1892.
v. Kries: Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens. GA. 26.169.
Küssner: Non bis in idem. GA. 3. 198.
Leuch: Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, Kommentar, 1937.
Lippmann: Der Reformgedanke im Wiederaufnahmeverfahren. ZStrW. 31.414.

Lohsing: Oesterreichisches Strafprozeßrecht in systematischer Darstellung, 1920.
Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich 1929. (zit. Löwe)
Meili: Lehrbuch des internationalen Strafrechts- und Strafprozeßrechts, 1910.
Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff, 1923.
Ortloff: Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen, 1858.
Pfenninger: Ne bis in idem im zürcherischen Strafprozeß, SJZ. 9.233.
Planck: Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht, 1884
Reiffel: Ne bis in idem. GA. 42.89 und 44.129.
Rosenfeld: Deutsches Strafprozeßrecht. 2. Band, 1926.
Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts, 1919.
Sauer: Rechts- und Staatsphilosophie, 1936.
Savigny: System des heutigen römischen Rechts, Band IV, 1847.
Schanze: Die Rechtskraft des Strafurteils ZStrW. 4.452.
Stamm: Das Verhältnis von Anklage und Urteil nach den schweizerischen kantonalen Strafprozeßordnungen. Zürcher Diss. 1934.
Stämpfli: Ne bis in idem ZbJV. 49.612.
Staub: Die Gründe der Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil beendigten Strafverfahrens im schweizerischen Strafprozeßrecht. Berner Diss. 1917.
Sträuli: Gesetze betr. die zürcherische Rechtspflege. III. Teil: Die Strafprozeßordnung für den Kanton Zürich, 1923.
Hofstetter: Die summarischen Verfahren vor dem Einzelrichter im Strafverfahren des Kantons Bern, Berner Diss. 1939.
Thormann: Bemerkungen zu dem Gesetz über den örtlichen Geltungsbereich des bernischen Strafgesetzbuches. Z. 29.37.
Thormann: Wandlungen im Strafrecht. ZbJV. 72.153.
Thormann-Overbeck: Das schweizerische Strafgesetzbuch, herausgegeben und erläutert von —. Erste Lieferung 1938.
Wach: Struktur des Strafprozesses. Festgabe für K. Binding, 1914.
Waiblinger: Das Strafverfahren für den Kanton Bern, 1937.
Zitzlaff: Die strafprozessuale Rechtsregel «ne bis in idem» im Lichte der Judikatur des Reichsgerichtes. GA. 42.208.

Vgl. für die weitere Literatur die Fußnoten.